

Gabriela Gauderon
Roland Hofmann (Hrsg.)

Auftragsrechtliche Aspekte der Willensvollstreckung

Reihe "Financial Consulting", Band 5-2010

Institut für Banking & Finance IBF
School of Management and Law
**ZHAW Zürcher Hochschule
für Angewandte Wissenschaften**

Auftragsrechtliche Aspekte der Willensvollstreckung
Gabriela Gauderon
Roland Hofmann (Hrsg.)

Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften
Institut für Banking & Finance IBF Reihe "Financial Consulting", Band 5-2010
ISBN-13: 978-3-905745-36-8

Alle Rechte vorbehalten
© Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Winterthur 2010

Das IBF ist ein Institut der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften
www.ibf.zhaw.ch

Begleitwort des Herausgebers

Die vorliegende Arbeit entstand als Master Thesis im Rahmen des Weiterbildungsstudiums Master of Advanced Studies (MAS) in Financial Consulting an der ZHAW School of Management and Law. Wir freuen uns, Ihnen mit dieser Online-Publikation der Reihe „Financial Consulting“ ausgewählte Arbeiten vorzustellen. Der Auswahlprozess berücksichtigt neben der Qualität der Arbeit auch deren Aktualität und Innovation.

Mit der Master Thesis wird festgestellt, ob die Studierenden fähig sind, selbständig eine Problemstellung aus dem Bereich der Unterrichtskurse schriftlich zu behandeln und mündlich vor Betreuer und Koreferent zu vertreten. Die Master Thesis wird während einer Zeitspanne von 12 Wochen verfasst. Danach erfolgt die mündliche Vertretung. Am Ende dieser Studienphase findet ein Kolloquium statt, in dem die Arbeiten des Studiengangs vorgestellt und diskutiert werden. Jedes Jahr bearbeiten Studierende so eine Fülle von Themen, die sich mit Fragen der privaten Finanzberatung auseinandersetzen.

Die Studierenden erarbeiteten die Master Thesis selbständig. Sie werden in diesem Prozess durch zwei Dozierende begleitet. Die Studierenden sind für die inhaltliche und formelle Gestaltung der Arbeit selbst verantwortlich. Sie haben sich einverstanden erklärt, dass die vorliegende Arbeit im Rahmen dieser Reihe veröffentlicht wird.

Reihe „Financial Consulting“

In dieser Reihe sind bisher folgende Online-Publikationen erschienen:

- | | |
|--------|---|
| 1-2010 | Rita Amrein Hedge Funds – Sinn oder Unsinn für den Privatanleger (ISBN 978-3-905745-32-0) |
| 2-2010 | Martin Soliva Risikowahrnehmung privater Anleger aus Berateroptik (ISBN 978-3-905745-33-7) Preisträger Jefferies-Studienpreis 2010 |
| 3-2010 | Patrik Spillmann Unterschiede bei Exchange Traded Funds (ETF) (ISBN 978-3-905745-34-4) |
| 4-2010 | Thomas Bamert Die Wiederanlage von Vorsorgegeldern (ISBN 978-3-905745-35-1) |
| 5-2010 | Gabriela Gauderon Auftragsrechtliche Aspekte der Willensvollstreckung (ISBN 978-3-905745-36-8) |
| 6-2010 | Urs Kappeler Lebzeitige Zuwendungen an den „bevorzugten“ Nachkommen (ISBN 978-3-905745-37-5) |

Die Online-Publikationen der Reihe „Financial Consulting“ sind abrufbar unter:

<http://www.zhaw.ch/de/zhaw/hochschul-online-publikationen/wirtschaft-management-recht.html>

MAS in Financial Consulting

Seit 1997 führt die ZHAW School of Management and Law den Master of Advanced Studies in Financial Consulting durch. Das Programm richtet sich an ambitionierte Mitarbeitende aus der Finanzdienstleistungsbranche. In einem zweijährigen, berufsbegleitenden Weiterbildungsstudium werden die Teilnehmenden zu einer ganzheitlichen, kompetenten und objektiven Finanzberatung der Privatkundschaft befähigt. Bisher haben über 370 Studierende das Studium erfolgreich abgeschlossen.

Institut für Banking & Finance IBF

Die Finanzintermediation ist Untersuchungsgegenstand der Lehre und der anwendungsorientierten Forschung und Entwicklung unseres Instituts. Die Gliederung des Instituts in die drei Zentren für Business Banking, Alternative Investments & Risk Management, für Risk & Insurance und in die Fachstelle für Accounting & Controlling widerspiegelt die thematischen Schwerpunkte unserer Lehr- und Forschungstätigkeit.

Das Institut für Banking & Finance orientiert sich an einem mehrdimensionalen Denkmodell, das verschiedene Optiken verbindet: Die klassische Betriebsökonomie (basierend auf dem St.Galler Modell) wenden wir auf die Besonderheiten der Finanzsysteme und der Finanztechnik an. Im Zentrum steht vor allem die zunehmende Segmentierung der relevanten Anbieter- und Nachfragermärkte.

Im Rahmen unseres vierteiligen Leistungsauftrags – Lehre und Weiterbildung, anwendungsorientierte Forschung und Entwicklung und Dienstleistungen – fokussieren wir uns insbesondere auf folgende Themenbereiche:

- Alternative Investments
- Risk Management
- Analyse, Design und Optimierung von Wertschöpfungsprozessen
- Management Accounting und MIS

Neben der Behandlung der aktuellen Praxis geht es uns vor allem auch darum, neue Produktinnovationen, Prozessdesigns und Distributionsformen der Finanzindustrie frühzeitig zu antizipieren. Unsere Lehr- und Forschungstätigkeit ist primär Inland- und KMU-orientiert. Weiter Informationen finden Sie unter www.ibf.zhaw.ch.

Winterthur, im November 2010

Roland Hofmann
Studienleiter MAS in Financial Consulting

Zusammenfassung

Die Willensvollstreckung ist ein Institut zur Sicherung des Erbganges durch eine vom Erblasser bezeichnete Vertrauensperson, welches jedoch gesetzlich nur sehr rudimentär in Art. 517 und Art. 518 ZGB geregelt ist. Sie dient dazu, den pünktlichen und ordnungsgemässen Vollzug der in einer Verfügung von Todes wegen enthaltenen Anordnungen sicherzustellen sowie den Nachlass zu sichern und abzuwickeln. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich um ein privatrechtliches Institut sui generis, auf welches die Bestimmungen des Auftragsrechts (Art. 394 – 406 OR) analog Anwendung finden. Dies rechtfertigt sich aufgrund der Verwandtschaft zwischen Auftrag und Willensvollstreckung, die beide durch ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien geprägt sind.

Die Bestimmungen des Auftragsrechts bieten dem Willensvollstrecker somit in vielen Belangen eine Orientierungsmöglichkeit bei der Erfüllung seiner Aufgaben. Dabei ist jedoch der Rechtsnatur als privatrechtliches Institut sui generis stets gebührend Rechnung zu tragen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass der Willensvollstrecker aus eigenem Recht handelt und von niemandem Weisungen entgegenzunehmen hat, d.h. das für den Auftrag typische Weisungsrecht des Auftraggebers findet im Rahmen der Willensvollstreckung keine Anwendung. Trotzdem sollte der Willensvollstrecker als Absicherungsmassnahme in einem gewissen Ausmass Weisungen der Erben oder zumindest deren Zustimmung zu wichtigen Entscheidungen einholen.

Im Bereich der Sorgfaltspflicht und der Verantwortlichkeit spielt das Auftragsrecht eine grosse Rolle für das Institut der Willensvollstreckung. Die Erben, als Eigentümer des Nachlassvermögens, haben die Möglichkeit, einen Schaden, der durch unsachgemässes und unsorgfältiges Handeln des Willensvollstreckers entstanden ist, geltend zu machen. Der Willensvollstrecker hat deshalb sämtliche sich aus der Sorgfalts- und Treuepflicht ergebenden Pflichten bei seinem Handeln zu berücksichtigen. Eine wichtige Rolle spielt dabei auch die Rechenschafts- und Auskunftspflicht. Aufgrund der eigenrechtlichen Stellung des Willensvollstreckers haben die Erben ohne ausführliche Information keine Möglichkeit, dessen Handeln zu kontrollieren.

Wie der Beauftragte ist auch der Willensvollstrecker z.T. aufgrund mangelnder Fachkenntnisse dazu gezwungen, einzelne Aufgaben einem Spezialisten zu übertragen. Die Substituti-

on von einzelnen Aufgaben ist üblich und entspricht zudem dem Gebot der Sorgfalt, wenn der Willensvollstrecker einer Aufgabe nicht gewachsen ist. In der Lehre ist allerdings umstritten, ob auch die Substitution der Gesamtführung zulässig ist, wobei der überwiegende Teil der Lehre sich dagegen ausspricht.

Zum Teil geht die gesetzliche Regelung der Willensvollstreckung auch weiter als das Auftragsrecht. So ist z.B. die Ernennung des Willensvollstreckers an strenge Formvorschriften geknüpft, während im Auftragsrecht der Grundsatz der Formfreiheit gilt. Weiter ist eine Vergütung des Willensvollstreckers zwingend vorgesehen, während ein Honorar im Auftragsrecht nur geschuldet ist, sofern dies vereinbart oder üblich ist. Allerdings kann bei der Bestimmung der Angemessenheit des Honorars des Willensvollstreckers auf die Praxis zum Auftragsrecht zurückgegriffen werden.

Die Willensvollstreckung endet grundsätzlich mit der Entgegennahme und Genehmigung des Schlussberichts durch die Erben. Möglich ist auch eine vorzeitige Beendigung des Mandats, insbesondere aus Gründen, die in der Person des designierten Willensvollstreckers liegen. Diesbezüglich sind neben der vorzeitigen Beendigung durch richterliche Ungültigerklärung der Ernennung des Willensvollstreckers und der Absetzung durch die Aufsichtsbehörde insbesondere die Beendigungsgründe des Auftragsrechts zu berücksichtigen.

Trotz der weitgehenden Möglichkeit, sich am Auftragsrecht zu orientieren, bleibt folglich die Herausforderung, der besonderen Stellung die dem Willensvollstrecker zukommt gerecht zu werden, bestehen. Diese Herausforderung kann nur dadurch bewältigt werden, dass der Willensvollstrecker eng mit den Erben zusammenarbeitet, sie vollumfänglich informiert, sich nach deren Teilungswünschen erkundigt und für wesentliche Entscheidungen Weisungen der Erben oder zumindest deren Zustimmung einholt.

Summary

Testators can ensure the proper disposal of an estate by appointing a person of trust known as an executor, but this instrument is only perfunctorily referred to in articles 517 and 518 of the Swiss Civil Code (*Zivilgesetzbuch*). An executor not only ensures that the instructions received in a will are duly and properly executed, but also safeguards, administers and disposes of the estate. According to Federal Supreme Court rulings, it is an instrument under private law *sui generis* to which contractual law (articles 394-406 of the Swiss Code of Obligations (*Obligationenrecht*)) equally applies. This is due to the parallels between a contract and the appointment of an executor, which are both characterized by a special relationship of trust between the parties.

Contractual law therefore provides an executor in many respects with a framework for performing his duties. However, due consideration must be given to his legal status as an instrument under private law *sui generis*. Significantly, the executor is acting independently and is not obliged to comply with instructions from anyone, i.e. the authority of the principal to give instructions, which is a typical characteristic of contracts, does not apply in relation to executors. However, for important decisions, the executor should, as a precautionary measure, obtain instructions in some form from the heirs, or at least their approval.

Contractual law plays an important role in relation to the instrument of an executor in the areas of duty of care and responsibility. The heirs, as the owners of the estate, may sue for damages if the executor has acted improperly or without due care. When performing his tasks, the executor therefore must take account of all obligations arising from his duty to take due care and his fiduciary responsibilities. The obligation to give an account and the duty of disclosure also plays an important role here. As the executor is acting independently in legal terms, the heirs cannot control his actions without detailed information.

As with contractual law, the executor, partly on account of limited specialist knowledge, may have to call in the services of an expert to perform some tasks. Using a substitute to perform certain tasks is commonplace and consistent with the duty of exercising due care if the executor is unable to perform a task. It is a matter of contention among academics as to whether a substitute may perform the overall management; most believe it is not permissible.

The law relating to executors is more narrow in some respects than contractual law. For example, strict procedures must be followed when appointing executors, in contrast to contractual law, where there are no formalities that need to be observed on principle. Furthermore, the remuneration of executors is mandatory, while, under contractual law, a fee may be due only if agreed in advance or if it is customary. However, when determining a reasonable fee for executors, reference may be made to what is the practice under contractual law.

The executor's duties come to an end when the final report is received and approved by the heirs. However, the mandate may be terminated prematurely, particularly for reasons relating to the person designated as the executor. In addition to premature termination if a judge rules the appointment of the executor to be invalid or to annulment by a supervisory body, due consideration must be given in particular to grounds for termination under contractual law.

Despite the extensive opportunities for using contractual law as a guide, the challenges arising from the special status held by the executor still therefore need to be met. This can only be done if the executor works closely with the heirs, keeps them fully informed, establishes how they want the assets divided, and obtains instructions or at least their approval for important decisions.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----------|
| Zusammenfassung | II |
| Summary | IV |
| Inhaltsverzeichnis | VI |
| Abkürzungsverzeichnis | IX |
| | |
| Teil 1 Einführung | 1 |
| 1. Einführung und Auslegeordnung | 1 |
| 1.1 Ausgangslage | 1 |
| 1.2 Zielsetzung, Eingrenzung und Gliederung der Arbeit | 2 |
| | |
| Teil 2 Die Willensvollstreckung im Allgemeinen | 3 |
| 2. Begriff und Zweck des Willensvollstreckers | 3 |
| 2.1 Begriff | 3 |
| 2.2 Zweck | 3 |
| 3. Rechtsnatur der Willensvollstreckung | 4 |
| 4. Die Entstehung der Willensvollstreckung | 5 |
| 4.1 Ernennung des Willensvollstreckers | 5 |
| 4.2 Formeller Ablauf | 6 |
| 5. Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers | 6 |
| 5.1 Allgemeines | 6 |
| 5.2 Aufgaben des Willensvollstreckers (ZGB 518 II) | 7 |
| 5.2.1 Vertretung des letzten Willens des Erblassers | 7 |
| 5.2.2 Verwaltung der Erbschaft | 8 |
| 5.2.3 Ausrichtung von Vermächtnissen | 9 |
| 5.2.4 Teilung der Erbschaft | 9 |
| | |
| | VI |

| | | |
|---------------|--|-----------|
| 6. | Die behördliche Aufsicht | 10 |
| 6.1 | Zuständigkeit und Aktivlegitimation | 10 |
| 6.2 | Zweck und Inhalt | 10 |
| Teil 3 | Die Anwendung der auftragsrechtlichen Normen auf Willensvollstreckungen | 12 |
| 7. | Einleitende Bemerkungen | 12 |
| 8. | Begriff (OR 394) | 12 |
| 9. | Entstehung und Umfang (OR 395 – 396) | 14 |
| 9.1 | Entstehung (OR 395) | 14 |
| 9.2 | Umfang (OR 396) | 14 |
| 10. | Honoraranspruch und Auslagenersatz | 16 |
| 10.1 | Honoraranspruch (OR 394 III / ZGB 517 III) | 16 |
| 10.1.1 | Anspruch auf Vergütung | 16 |
| 10.1.2 | Angemessenheit | 16 |
| 10.2 | Auslagenersatz (OR 402 I) | 19 |
| 11. | Vorschriftsgemässe Vertragsausführung (OR 397) | 20 |
| 11.1 | Vertragsgemässe Ausführung und Weisungsrecht | 20 |
| 11.2 | Schranken des Weisungsrechts | 22 |
| 11.3 | Unzweckmässigkeit und Abmahnungspflicht | 23 |
| 12. | Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit (OR 398 I, II) | 24 |
| 12.1 | Vorbemerkungen | 24 |
| 12.2 | Sorgfalts- und Treuepflicht im Allgemeinen | 25 |
| 12.2.1 | Sorgfaltspflicht | 25 |
| 12.2.2 | Treuepflicht | 26 |
| 12.3 | Sorgfalt in der Vermögensverwaltung im Speziellen | 27 |
| 12.3.1 | Grundsätzliches | 28 |
| 12.3.2 | Konsequenzen für den Willensvollstrecker | 29 |
| 12.3.3 | Fazit | 31 |
| 12.4 | Haftung des Willensvollstreckers | 31 |
| 12.4.1 | Positive Vertragsverletzung | 32 |
| 12.4.2 | Haftungsvoraussetzungen | 33 |

| | | |
|---------------|--|-----------|
| 12.4.3 | Massnahmen zur Vermeidung der Haftung | 36 |
| 13. | Substitution (OR 398 III und OR 399) | 36 |
| 13.1 | Grundsatz | 36 |
| 13.2 | Haftung beim Beizug von Drittpersonen | 40 |
| 13.2.1 | Erlaubter Beizug von Drittpersonen (OR 399 II) | 40 |
| 13.2.2 | Unerlaubter Beizug von Drittpersonen (OR 399 I) | 41 |
| 13.3 | Direktanspruch (OR 399 III) | 41 |
| 14. | Rechenschaftsablegung (OR 400 I) | 42 |
| 14.1 | Rechenschafts- und Auskunftspflicht | 42 |
| 14.1.1 | Allgemeines | 42 |
| 14.1.2 | Rechenschafts- und Auskunftspflicht des Willensvollstreckers | 43 |
| 14.2 | Ablieferungspflicht | 45 |
| 15. | Beendigung (OR 404 – 406) | 45 |
| 15.1 | Vorbemerkungen | 45 |
| 15.2 | Widerruf und Kündigung (OR 404) | 46 |
| 15.2.1 | Grundsätzliches (OR 404 I) | 46 |
| 15.2.2 | Auflösung zur Unzeit (OR 404 II) | 47 |
| 15.3 | Tod, Handlungsunfähigkeit und Konkurs (OR 405) | 48 |
| 15.4 | Wirkung des Erlöschens (OR 406) | 49 |
| Teil 4 | Schlussbetrachtung | 51 |
| Teil 5 | Anhang | XI |
| | Literatur- und Quellenverzeichnis | XI |
| | Lebenslauf | XV |
| | Fragebogen | XVII |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|----------|--|
| Abs. | Absatz |
| AJP | Aktuelle Juristische Praxis |
| a.M. | andere Meinung |
| Art. | Artikel |
| BGE | Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts |
| BSK | Basler Kommentar |
| BVG | Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG), vom 25. Juni 1982 (Stand am 1. Juni 2009), (SR 831.40) |
| BVV2 | Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV2), vom 18. April 1984 (Stand am 1. Juni 2009), (SR 831.441.1) |
| bzw. | beziehungsweise |
| Diss. | Dissertation |
| f. / ff. | folgende (Seiten, Artikel) |
| h.L. | herrschende Lehre |
| i.d.R. | in der Regel |
| i.S.v. | im Sinne von |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| Hrsg. | Herausgeber |
| lit. | Litera |
| m.E. | meines Erachtens |
| m.w.H. | mit weiteren Hinweisen |
| OR | Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), vom 30. März 1911 (Stand am 1. Januar 2010), (SR 220) |

| | |
|-------|--|
| Rn | Randnote |
| S. | Seite |
| SchlT | Schlusstitel |
| sog. | sogenannt, sogenannte, sogenannter |
| u.a. | unter anderem |
| v.a. | vor allem |
| vgl. | vergleiche |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Februar 2010), (SR 210) |
| Ziff. | Ziffer |
| ZPO | Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung/ZPO), vom 13. Juni 1976 (Stand am 1. Januar 2008), |
| ZR | Blätter für Zürcherische Rechtsprechung |
| z.T. | zum Teil |

Teil 1

Einführung

1. Einführung und Auslegeordnung

1.1 Ausgangslage

Die Willensvollstreckung ist ein Institut zur Sicherung des Erbanges durch eine vom Erblasser eingesetzte Vertrauensperson, deren Aufgabe es ist, für die Vollstreckung der letztwilligen Verfügung zu sorgen, sowie die Verwaltung und Teilung der Erbschaft zu erleichtern. Im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen ist dieses Institut jedoch nur sehr rudimentär in Art. 517 und 518 ZGB geregelt.¹ Während der Abwicklung von Willensvollstreckungen ergeben sich aufgrund dieser äusserst knappen Regelung immer wieder Situationen, in denen sich die Frage stellt, an welchen rechtlichen Grundlagen sich der Mandatsträger bei seinen Handlungen orientieren soll, was für Rechte und Pflichten dies nach sich zieht und welche Konsequenzen sich für ihn daraus ergeben können.

In Lehre und Rechtsprechung ist allgemein anerkannt, dass die auftragsrechtlichen Normen gemäss Art. 394 ff. OR auf das Institut der Willensvollstreckung teilweise analog Anwendung finden, wobei jedoch der Rechtsnatur als privatrechtliches Institut sui generis stets gebührend Rechnung getragen werden muss. Eine Herausforderung ist dabei insbesondere, dass der „Auftraggeber“ nicht mehr am Leben ist, somit keine Instruktionen mehr geben kann und für Rückfragen nicht mehr zur Verfügung steht. Praktische Fragestellungen werden zudem in der Literatur zur Willensvollstreckung oftmals nicht geregelt.

¹ Dies z.B. im Gegensatz zum deutschen Recht, in welchem das Institut des Testamentsvollstreckers in §§ 2197 ff. BGB sehr ausführlich in 32 Paragraphen geregelt wurde. Dabei wird z.T. explizit auf die auftragsrechtlichen Regelungen verwiesen.

1.2 Zielsetzung, Eingrenzung und Gliederung der Arbeit

Ziel dieser Arbeit ist es in erster Linie, basierend auf dem heutigen Stand von Lehre und Rechtsprechung, einen Überblick über den Umfang der Anwendung von auftragsrechtlichen Bestimmungen auf das Institut der Willensvollstreckung zu verschaffen sowie sich daraus möglicherweise ergebende Konsequenzen, mit welchen sich ein Willensvollstrecker auseinander setzen muss, darzulegen.

Einführungsweise werden in Teil 2 der Arbeit allgemeine theoretische Grundlagen zur Willensvollstreckung erläutert, um die Charakteristik dieses Instituts sowie gewisse Rahmenbedingungen aufzuzeigen.

In Teil 3 werden die Bestimmungen des Auftragsrechts abgehandelt, die diesbezügliche Lehre und Rechtsprechung sowie der entsprechende Bezug zum Institut der Willensvollstreckung aufgeführt. Aufgrund der ausführlichen gesetzlichen Regelung im deutschen Recht wird z.T. in den Fussnoten auf diese Bestimmungen kurz eingegangen, um die Beurteilung der entsprechenden Fragestellungen in einer fremden Rechtsordnung aufzuzeigen.

In die Arbeit einbezogen werden des Weiteren auch Erkenntnisse über die Handhabung gewisser Problemstellungen in der Praxis, welche aufgrund einer Umfrage bei zehn Unternehmen erlangt wurden die Willensvollstreckungen durchführen. Es wurden dabei verschiedene Anbieter von Willensvollstreckungen (Banken, Rechtsanwälte sowie andere selbstständige Anbieter) angeschrieben.² Die Ergebnisse dieser Umfrage wurden jeweils direkt in die Arbeit integriert, um die Handhabung in der Praxis den theoretischen Erkenntnissen gegenüberzustellen.

Obwohl gemäss Art. 518 Abs. 1 ZGB der Willensvollstrecker in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters (Art. 554 und 555 ZGB) steht, wird im Rahmen dieser Arbeit weder auf diese Funktion noch auf jene des Erbenvertreters und Erbschaftsliquidators eingegangen, da dies den Rahmen der Arbeit sprengen würde.

.

² Der überwiegende Teil der Befragten hat bis zum heutigen Zeitpunkt mehr als fünfzig Mandate durchgeführt.

Teil 2

Die Willensvollstreckung im Allgemeinen

2. Begriff und Zweck des Willensvollstreckers

2.1 Begriff

Als Willensvollstrecker gilt jene Person, die ein Erblasser im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen (Art. 517 Abs. 1 ZGB) als seine Vertrauensperson ernennt und damit beauftragt den Nachlass zu verwalten und die Teilung des Nachlasses gemäss den Bestimmungen in der Verfügung von Todes wegen vorzubereiten sowie weitere vom ihm auf den Todesfall hin getroffene Anordnungen durchzuführen.³ Der Willensvollstrecker hat somit die Aufgabe, die durch die letztwillige Verfügung geschaffene Rechtslage zu verwirklichen.⁴

Die Einsetzung eines Willensvollstreckers ist nicht zwingend, sondern liegt im freien Ermessen des Erblassers.⁵ Es handelt sich somit lediglich um eine Dispositionsmöglichkeit des Erblassers, von der er in jenen Fällen Gebrauch machen kann, in denen er eine geordnete und speditive Abwicklung des Nachlasses für angezeigt erachtet.⁶

2.2 Zweck

Mit der Einsetzung eines Willensvollstreckers wird zunächst, wie es die Bezeichnung dieses Instituts andeutet, der pünktliche und ordnungsgemässe Vollzug der in der Verfügung von Todes wegen enthaltenen Anordnungen bezweckt. Des Weiteren dient die Willensvollstreckung der Sicherung und Abwicklung des Nachlasses.⁷ Die Bezeichnung eines Willensvollstreckers drängt sich vielfach bei komplizierten und umfangreichen Nachlässen auf, bei denen der Erblasser den Erben eine Hilfestellung bieten oder aus bestimmten Gründen deren

³ CHK-H.R. KÜNZLE, Rn 1; HUX, S. 3; JERMANN, S. 164; KARRER, Art. 517/518 ZGB, Rn 2;

⁴ KÜNZLE, S. 59

⁵ KARRER, Art. 517/518 ZGB, Rn 2

⁶ CHRIST, Art. 517 ZGB, Rn 1

⁷ CHRIST, Art. 517 ZGB, Rn 3; ESCHER, Vorbemerkungen zu Art. 517/518 ZGB, Rn 1; KARRER, Art. 517/518 ZGB, Rn 3

Verwaltungs- und Verfügungsrechte einschränken will.⁸ Die Bezeichnung eines Willensvollstreckers kann aber auch in einfachen Verhältnissen Sinn machen, beispielsweise wenn die Erben im Ausland sind und somit zur Teilung faktisch nicht in der Lage wären.⁹

3. **Rechtsnatur der Willensvollstreckung**

Die Willensvollstreckung ist im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen nur sehr rudimentär geregelt und gibt insbesondere keine verlässlichen Anhaltspunkte über deren Rechtsnatur.¹⁰ In der Vergangenheit wurden von der Lehre verschiedene Theorien über die Rechtsnatur aufgestellt^{11, 12}, wobei sich jedoch das Bundesgericht bis heute nicht ausdrücklich für eine dieser Theorien ausgesprochen hat.¹³ Klar bekannt hat sich das Bundesgericht einzig dazu, dass es sich bei der Willensvollstreckung um ein privatrechtliches Institut sui generis handelt.¹⁴

Keine der verschiedenen Theorien deckt alle Elemente der Willensvollstreckung ab, weshalb das Institut grundsätzlich aus sich selbst heraus ausgelegt werden muss. Es ist jedoch in der Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannt, dass auf die Willensvollstreckung die Bestimmungen des Auftragsrechts (Art. 394 – 406 OR) teilweise analog Anwendung finden, wobei aber der Rechtsnatur der Willensvollstreckung als privatrechtliches Institut sui generis gebührend Rechnung zu tragen ist.¹⁵ Diese Ansicht rechtfertigt sich insbesondere dadurch, dass eine gewisse Verwandtschaft zwischen Willensvollstreckung und Auftrag besteht. Diese Verwandtschaft zeigt sich z.B. dadurch, dass sowohl der Willensvollstrecker als auch der Beauftragte fremde Geschäfte besorgt und somit fremde Interessen verfolgt. Des Weiteren sind beide Rechtsverhältnisse von einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien geprägt.¹⁶

⁸ CHRIST, Art. 517 ZGB, Rn 3 ff.; KARRER, Art. 517/518 ZGB, Rn 3

⁹ CHRIST, Art. 517 ZGB, Rn 4

¹⁰ DRUEY, S. 202; KARRER, Art. 517/518 ZGB Rn 4 ff.

¹¹ U.a. wurde die Willensvollstreckung schon als Vormundschaft, Auftrag des Erblassers, Vermächtnis, Stellvertretung, privates Amt, Treuhandverhältnis oder Arbeitsleistung sui generis interpretiert. Vgl. dazu HUX, S. 4 ff.; KÜNZLE, S. 82 ff.; KARRER, Art. 517/518 ZGB, Rn 6

¹² MÜNCHKOMM § 2197, Rn 5: Gemäss deutschem Recht kommt dem Testamentsvollstrecker eine Stellung als Treuhänder zu.

¹³ CHRIST, Art. 517 ZGB, Rn 5; HUX, S. 4 ff.; KÜNZLE, S. 81

¹⁴ BGE 66 II 149, 78 II 125, 90 II 380; 108 II 535; CHRIST, Art. 517 ZGB Rn 5; KARRER, Art. 517/518 ZGB, Rn 6; KÜNZLE, S. 81

¹⁵ BGE 101 II 53; 5C.119/2004; DERRER, S. 39; DRUEY, S. 202; GIGER, S. 131; HUX, S. 5, 65ff.; KARRER, Art. 517/518 ZGB, Rn 6 sowie Art. 518 ZGB, Rn 12; KÜNZLE, S. 120

¹⁶ HUX, S. 65 ff.

4. Die Entstehung der Willensvollstreckung

4.1 Ernennung des Willensvollstreckers

Gemäss Art. 517 Abs. 1 ZGB hat die Ernennung eines Willensvollstreckers durch eine jederzeit frei widerrufliche letztwillige Verfügung zu erfolgen. Sie kann somit nicht mit vertraglicher Bindung im Rahmen eines Erbvertrages¹⁷ oder eines sonstigen Vertrages unter Lebenden angeordnet werden. Bei Ungültigkeit des Testamentes bzw. der letztwilligen Verfügungen fällt somit auch die Ernennung des Willensvollstreckers vollständig dahin.¹⁸

Die Ernennung eines oder mehrerer Ersatzwillensvollstrecker ist zulässig¹⁹, ebenso die Ernennung von mehreren Willensvollstreckern, denen verschiedene Aufgabenbereiche zukommen oder die bedingte Ernennung eines Willensvollstreckers, z.B. für den Fall, dass die Erben sich uneinig sind.²⁰ Werden mehrere Willensvollstrecker ernannt, ohne dass eine klare Kompetenzaufteilung vorgenommen wird, müssen die eingesetzten Willensvollstrecker gemeinsam handeln, d.h. sie müssen insbesondere einstimmige Beschlüsse fassen (Art. 518 Abs. 3 ZGB).²¹ Dabei ist allerdings kein gemeinschaftliches Handeln erforderlich. Jeder Willensvollstrecker ist einzeln zur Ausführung der gemeinschaftlich beschlossenen Handlungen sowie zur Entgegennahme von Erklärungen Dritter berechtigt.²²

Als Willensvollstrecker kommen handlungsfähige natürliche oder voll rechtsfähige juristische Personen in Frage, wobei die Handlungsfähigkeit nicht bereits im Zeitpunkt der Testamentserrichtung gegeben sein muss.²³ Für die Ausübung der Funktion des Willensvollstreckers sind keine besonderen Qualifikationen erforderlich. Das erforderliche Mass an Professionalität und Sorgfalt sowie das Ausmass der persönlichen Erfüllung hängt im Wesentlichen davon ab, wen der Testator als Willensvollstrecker eingesetzt hat.²⁴

Zu beachten ist, dass der Erblasser den Willensvollstrecker selbst bezeichnen muss. Er kann folglich nicht eine Willensvollstreckung anordnen, die Bezeichnung der Person jedoch den Erben oder einem Dritten überlassen, da dies der höchstpersönlichen Natur der Testaments-

¹⁷ Allgemein anerkannt ist jedoch, dass ein Erbvertrag neben den vertraglichen Bestimmungen auch letztwillige Verfügungen enthalten kann, die jederzeit frei widerruflich sind.

¹⁸ CHRIST, Art. 517 ZGB Rn 9; HUX, S. 25ff.; JUCHLER, S. 40; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 1 ff.; WETZEL, S. 18, Rn 41 ff.

¹⁹ Art. 517 Abs. 1 ZGB; JUCHLER, S. 75 ff.; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 6;

²⁰ CHRIST, Art. 517 ZGB, Rn 11; HUX, S. 25 ff.; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 4;

²¹ ESCHER, Art. 518 ZGB, Rn 34; DRUEY, S. 208; HUX, S. 111; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 92; KÜNZLE, S. 138; WETZEL, S. 43, Rn 117 ff.

²² HUX, S. 112; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 92; KÜNZLE, S. 139; WETZEL, S. 43, Rn 118

²³ CHRIST, Art. 517 ZGB, Rn 12; ESCHER, Art. 517 ZGB, Rn 3 ff.; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 7 ff.

²⁴ CHRIST, Art. 517 ZGB, Rn 14 ff.; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 10

abfassung widerspricht.²⁵ Da es sich sowohl formell als auch materiell um einen erbrechtlichen Dispositionsakt handelt, müsste eine Ausnahme von diesem Prinzip im Gesetz verankert sein²⁶, wie dies beispielsweise im deutschen Recht²⁷ der Fall ist.

4.2 Formeller Ablauf

Die letztwillige Verfügung ist durch den jeweiligen Besitzer der zuständigen kantonalen Behörde am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 538 ZGB) zur Eröffnung (Art. 556 Abs. 1 ZGB) einzureichen. Die zuständige Behörde hat in der Folge gemäss Art. 517 Abs. 2 ZGB von Amtes wegen den in der letztwilligen Verfügung berufenen Willensvollstrecker über dessen Ernennung in Kenntnis zu setzen. Gemäss Art. 517 Abs. 2 ZGB setzt die zuständige Behörde dem Willensvollstrecker eine Frist von vierzehn Tagen, innert welcher er das Mandat annehmen oder ablehnen kann, wobei Stillschweigen als Annahme gilt. Es besteht keine Pflicht zur Übernahme des Amtes. Die Annahme erlangt im Zeitpunkt des Eintreffens bei der zuständigen kantonalen Behörde Wirksamkeit. Nach Annahme des Mandates hat der Willensvollstrecker Anspruch auf Aushändigung des Willensvollstreckerzeugnisses als Legitimationsausweis, welches bereits vor der Testamentseröffnung ausgestellt werden kann.²⁸

5. Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers

5.1 Allgemeines

Es ist die Aufgabe des Willensvollstreckers, „die durch die letztwilligen Verfügungen des Erblassers geschaffene Rechtslage zu verwirklichen“.²⁹ Seine Befugnisse richten sich somit primär nach dem im Testament geäusserten Willen des Erblassers. Folglich können die Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers bzw. dessen Zuständigkeitsbereich weitgehend durch den Erblasser bestimmt werden. Die im Gesetz aufgeführten Aufgaben des Wil-

²⁵ BGE 81 II 22 E. 6; DRUEY, S. 100; ESCHER, Art. 517 ZGB, Rn 2; HUX, S. 26; JUCHLER, S. 50 ff.; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 5; WETZEL, S. 19, Rn 42

²⁶ ESCHER, Art. 517 ZGB, Rn 2; WETZEL, S. 19, Rn 44

²⁷ MÜNCHKOMM § 2198, Rn 1 ff.: „nach den Vorstellungen des Gesetzgebers rechtfertigen Gesichtspunkte des praktischen Lebens die Zulassung eines Drittbestimmungsrechts in Bezug auf die Person des Testamentsvollstreckers. Der Erblasser könne bei seinen Lebzeiten mitunter die künftigen Verhältnisse nicht ausreichend überblicken, möge aber eine Vertrauensperson kennen, die die nötige Kenntnis und das nötige Interesse besitze, um die Wahl sachgemäss iS des Erblassers zu treffen“.

²⁸ CHK-H.R. KÜNZLE, Rn 9 ff.; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 11 ff.; KÜNZLE, S. 151 ff.; KÜNZLE Anfang und Ende, S. 19 f.

²⁹ KÜNZLE, S. 59

lensvollstreckers (Art. 518 Abs. 2 ZGB) sind demzufolge dispositiver Natur.³⁰ Der Erblasser kann somit die Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers sowohl beschränken (z.B. Übertragung von Einzelaufgaben) als auch ausdehnen.³¹

Bei der Erfüllung seiner Aufgabe hat sich der Willensvollstrecker folglich in erster Linie am letzten Willen des Erblassers zu orientieren, hat aber stets auch das (objektive) Gesetz zu beachten. Bei der Erbteilung ist er zudem an den von den Anordnungen des Erblassers abweichenden, gemeinsamen Willen der Erben gebunden (sog. Grundsatz der freien Erbteilung).³² Werden die Aufgaben des Willensvollstreckers testamentarisch nicht näher definiert, hat der Gesetzgeber einige Aufgaben in Art. 518 Abs. 2 ZGB geregelt, auf welche nachfolgend kurz eingegangen wird.

Die dem Willensvollstrecker übertragenen Kompetenzen im Rahmen der Aufgabenerfüllung sind weitreichend. Obwohl der Willensvollstrecker materiell-rechtlich nicht am Nachlass beteiligt ist, hat er das ausschliessliche Besitzes-, Verwaltungs- und Verfügungsrecht darüber, währenddessen die Erben handlungsunfähig sind. Er handelt aus freiem Recht und muss keine Anweisungen der Erben befolgen (vgl. nachfolgen Ziff. 11.).³³

5.2 Aufgaben des Willensvollstreckers (ZGB 518 II)

5.2.1 Vertretung des letzten Willens des Erblassers

Die primäre Aufgabe des Willensvollstreckers gemäss Art. 518 Abs. 2 ZGB ist die Vertretung des letzten Willens des Erblassers, welcher sich auf eine Verfügung von Todes wegen stützen muss. Er hat folglich den letzten Willen des Erblassers umzusetzen, ist jedoch nicht befugt, diesen Willen zu ergänzen oder zu konkretisieren, da dies dem Grundsatz der Höchstpersönlichkeit widersprechen würde.³⁴ Die Erben haben allerdings die Möglichkeit, den Willensvollstrecker zur Interpretation der letztwilligen Verfügung zu ermächtigen.³⁵

Neben dem in der letztwilligen Verfügung festgehaltenen letzten Willen des Erblassers hat der Willensvollstrecker auch dem Recht allgemein zur Durchsetzung zu verhelfen sowie die pendenten Rechtsgeschäfte (z.B. Verträge, die der Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossen hat) zu vollstrecken. D.h. die „Vollstreckung des Willens“ beschränkt sich nicht nur auf den letz-

³⁰ ESCHER, Art. 518 ZGB, Rn 1; HUX, S. 28; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 8; WETZEL, S. 45, Rn 124 ff.

³¹ KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 9

³² HUX, S. 28; KÜNZLE, S. 59 f.

³³ BGE 90 II 376; BGE 97 II 11; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 6 und Rn 14

³⁴ CHK-H.R. Künzle, Rn 1; CHRIST, Art. 518 ZGB, Rn 3; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 11; KÜNZLE, S. 304; a.M. WETZEL, S. 48, Rn 134: er ist der Ansicht, dass eine Interpretationsbefugnis im Rahmen der frei verfügbaren Quote gegeben ist.

³⁵ ESCHER, Art. 518 ZGB, Rn 15; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 11

ten Willen, sondern beinhaltet die Ausführung aller Aufgaben, die dem Willensvollstrecker vom Erblasser und vom Gesetz übertragen werden.³⁶

In den Aufgabenbereich des Willensvollstreckers fallen nach h.L. nicht nur die Umsetzung von vermögensbezogenen Anordnungen, sondern auch von persönlichkeitsrechtlichen Belangen. Der Willensvollstrecker hat somit auch Anordnungen auszuführen, die nicht ausschliesslich Vermögensrechte betreffen, wie z.B. Anordnungen über Obduktion und Organentnahme oder Anordnungen betreffend Privatpapiere etc.³⁷

5.2.2 Verwaltung der Erbschaft

Der Willensvollstrecker hat die Erbschaft in der Übergangsphase vom Todestag des Erblassers bis hin zur Teilung des Nachlasses zu verwalten (sog. Abwicklungsvollstreckung). Die eigentliche Aufgabe des Willensvollstreckers ist es dabei, den Nachlass in einen teilungsfähigen Zustand zu bringen und nicht dessen jahrelange Verwaltung, es sei denn, der Erblasser hätte die dauernde Verwaltung angeordnet.³⁸

Die Verwaltungstätigkeit des Willensvollstreckers beinhaltet folglich sämtliche Massnahmen die der Erhaltung der Erbschaft sowie der Vorbereitung und dem Vollzug der Erbteilung dienen.³⁹ Sie beginnt mit der Inventaraufnahme zur Feststellung des Nettonachlasses, d.h. des Teilungssubstrates. Grundlage dafür bildet insbesondere die Steuererklärung des Erblassers bzw. das Steuerinventar. Des Weiteren sind die Schulden des Nachlasses zu begleichen, allfällige Guthaben einzuziehen und pendente Geschäfte abzuwickeln.⁴⁰ Der Willensvollstrecker kann den Erben auch Vorschüsse gewähren, muss jedoch darauf achten, dass die Erbteilung nicht präjudiziert wird.⁴¹ Ansonsten sind die Verwaltungsbefugnisse des Willensvollstreckers zwar umfassend, „beschränken sich aber in der Regel auf konservierende Anordnungen“⁴², da der Willensvollstrecker den Nachlass aufgrund des Anspruchs der Erben auf Realteilung soweit als möglich in natura zu erhalten hat.⁴³

Im Rahmen der Verwaltung des Nachlasses stellt sich auch die Frage, wie mit Wertschriftenanlagen verfahren werden soll, d.h. ob und wie die Anlagestrategie angepasst werden muss. Auf diese Thematik wird nachfolgend Ziffer 12.3 näher eingegangen.

³⁶ DRUEY, S. 207; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 3; KÜNZLE, S. 59

³⁷ BREITSCHMID, S. 40, 55 ff.; CHRIST, Art. 518 ZGB, Rn 5; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 3; KÜNZLE, S. 187 ff.

³⁸ CHK-H.R. KÜNZLE, Rn 22; KÜNZLE, S. 60 ff.

³⁹ CHK-H.R. KÜNZLE, Rn 22; HUX, S. 33

⁴⁰ BREITSCHMID Erbteilung, S. 114; CHK-H.R. KÜNZLE, Rn 24 ff.; Hux, S. 33; KARRER, Art. 518 ZGB Rn 16

⁴¹ CHK-H.R. KÜNZLE, Rn 31

⁴² BREITSCHMID Erbteilung, S. 125

⁴³ BGE 108 II 539, CHK-H.R. KÜNZLE, Rn 22 ff., KÜNZLE, S. 62

5.2.3 Ausrichtung von Vermächtnissen

Nach Begleichung der Schulden des Erblassers sind die angeordneten Vermächtnisse auszurichten bzw. der Willensvollstrecker hat dafür zu sorgen, dass die damit Beschwerten die Vermächtnisse ausrichten. Sofern ein Vermächtnis mit einer Auflage verbunden ist, hat der Willensvollstrecker deren gehörige Erfüllung zu überwachen.⁴⁴

5.2.4 Teilung der Erbschaft

Schliesslich hat der Willensvollstrecker die Teilung der Erbschaft vorzubereiten, d.h. die Teilungsbereitschaft des (Netto-)Nachlasses herbeizuführen. Der Erblasser hat dabei die Möglichkeit testamentarisch festzulegen wie die Teilung zu erfolgen hat. Wurden vom Erblasser keine ausdrücklichen Teilungsvorschriften erlassen, hat der Willensvollstrecker die Teilung nach den Bestimmungen des Gesetzes durchzuführen.⁴⁵ Bei der Teilung des Nachlasses hat der Willensvollstrecker allerdings auf Wünsche der Erben so weit als möglich Rücksicht zu nehmen.⁴⁶

Teilungsvorschriften des Erblassers sind für die Erben grundsätzlich verbindlich (Art. 608 Abs. 2 ZGB). Jeder Erbe kann folglich deren Einhaltung verlangen und auch gerichtlich durchsetzen. Bei zwingender Ausgestaltung der Teilungsvorschrift kann ein Erbe auch zur Übernahme des ihm zugewiesenen Erbschaftsobjekts verpflichtet werden.⁴⁷ Dies ist insbesondere in jenen Fällen von Bedeutung, in denen sich die Erben nicht einig sind. Bei Einigkeit haben die Erben hingegen die Möglichkeit den Nachlass anders zu teilen als der Erblasser dies vorgesehen hat. Dies gilt auch dann, wenn ein Willensvollstrecker eingesetzt ist. Diesem kommt demzufolge keinerlei autoritative Teilungsbefugnis zu, sondern nur eine vorbereitende und vermittelnde Funktion. Infolgedessen findet die Verfügungsbefugnis des Erblassers seine Grenzen im Recht der Erben auf freie Erbteilung gemäss Art. 607 Abs. 2 ZGB.⁴⁸ Die Erben üben dabei ihre eigenen, kraft Erbgang (Art. 602 Abs. 2 ZGB) erworbenen Rechte aus, die der Erblasser nicht mehr zu beeinflussen vermag.⁴⁹

Bei Uneinigkeit der Erben hat der Willensvollstrecker keine Möglichkeit die Teilung kraft seines Amtes verbindlich abzuschliessen. Dafür bedarf es gemäss Art. 634 Abs. 2 ZGB eines

⁴⁴ CHK-H.R. KÜNZLE, Rn 49, HUX, S. 40

⁴⁵ BREITSCHMID Erbteilung, S. 113; HUX, S. 41 ff.; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 52 ff.; KÜNZLE, S. 64 ff.; WOLF, S. 110

⁴⁶ BGE 5P.440/2002; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 52

⁴⁷ STEIN-WIGGER, S. 1138; WOLF, S. 111

⁴⁸ BREITSCHMID Erbteilung, S. 141 f.; DRUEY, S. 246; ESCHER, Art. 518 ZGB, Rn 17; HUX, S. 43f.; KÜNZLE, S. 65; STEIN-WIGGER, S. 1139; WOLF, S. 110 ff.

⁴⁹ WOLF, S. 112

von allen Erben unterzeichneten, schriftlichen Teilungsvertrages. Folglich hat der Teilungsplan des Willensvollstreckers lediglich den Charakter eines Entwurfs, da er keinerlei Möglichkeiten besitzt, diesen gegenüber opponierenden Erben durchzusetzen. Die Erben haben in diesem Fall die Möglichkeit der Erhebung einer Teilungsklage gemäss Art. 604 Abs. 1 ZGB, welche zur Vornahme der Erbteilung durch den Richter führt.⁵⁰

6. Die behördliche Aufsicht

Gemäss Art. 518 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 595 Abs. 3 ZGB untersteht der Willensvollstrecker zwingend einer Behördenaufsicht. Der Erblasser kann den Willensvollstrecker daher nicht von der Aufsicht befreien bzw. kann diese nicht einschränken.⁵¹

6.1 Zuständigkeit und Aktivlegitimation

Die Kantone bestimmen gemäss Art. 54 Abs. 1 SchlT ZGB die für die Aufsicht zuständige Behörde. Interkantonal ist gemäss Art. 538 Abs. 1 ZGB die Behörde am Ort des letzten Wohnsitzes des Erblassers zuständig. Im Kanton Zürich ist dies die Eröffnungsbehörde (gemäss § 218 ZPO).⁵² Trotz der Bestimmung der zuständigen Behörde durch die Kantone, bestimmen sich die Befugnisse und Sanktionen der Aufsichtsbehörde nach Bundesrecht.⁵³

Die zuständige Behörde wird nur auf Beschwerde hin tätig, d.h. sie übt nicht eine ständige Aufsicht aus. Zur Beschwerde legitimiert sind gemäss Art. 518 Abs. 1 i.V.m. Art. 595 Abs. 3 ZGB primär Erben (gesetzliche, eingesetzte und virtuelle Erben) sowie weitere an der Erbschaft materiell beteiligte Personen (z.B. Vermächtnisnehmer, Erbschafts- und Erbgangsgläubiger). In ausserordentlichen Fällen hat die zuständige Behörde auch die Möglichkeit, von sich aus zu handeln.⁵⁴

6.2 Zweck und Inhalt

Da der Willensvollstrecker nicht von der Aufsicht befreit werden kann und die Erben im Gegenzug auch nicht berechtigt sind zur Selbsthilfe zu greifen, wenn der Willensvollstrecker seine Aufgaben nicht richtig erfüllt, müssen sie eine Möglichkeit haben, sich gegen ihn zur

⁵⁰ HUX, S. 42; WOLF, S. 113 ff.

⁵¹ BGE 66 II 150; 90 II 376; DERRER, S. 10 f.; DRUEY, S. 203; JUCHLER, S. 128; HUX, S. 54 ff.; KARRER, Art. 518 ZGB Rn 97 ff.; KÜNZLE, S. 394 ff.; WETZEL, S. 45, 51

⁵² DERRER, S. 9, 113; KÜNZLE, S. 395 ff.; www.bezirksgericht-zh.ch, besucht am 5. April 2010

⁵³ BGE 66 II 14; DERRER, S. 47; HUX, S. 54; KARRER, Art. 518 ZGB Rn 97

⁵⁴ BGE 90 II 383; DERRER, S. 22, 51; DRUEY, S. 203; CHRIST, Art. 518 Rn 90 ff.; KÜNZLE, S. 398 f.

Wehr zu setzen. Dies insbesondere aufgrund der Tatsache, dass der Willensvollstrecker in seiner Verwaltungs- und Verfügungsmacht frei und daher nicht verpflichtet ist, bei wichtigen oder zweifelhaften Entscheidungen, Weisungen oder die Genehmigung der Aufsichtsbehörde einzuholen und des Weiteren auch nicht an Weisungen der Erben gebunden ist (vgl. Ziff. 5.1).⁵⁵

Gegenstand der Beschwerde können bereits getroffene, beabsichtigte (z.B. bei Unangemessenheit, grobe Pflichtverletzung) oder aber auch unterlassene Handlungen des Willensvollstreckers sowie dessen rechtliche oder tatsächliche Unfähigkeit sein. Dabei hat die Aufsichtsbehörde lediglich die Befugnis, über das formelle Vorgehen zu urteilen, nicht jedoch materiell-rechtliche Fragen zu entscheiden. Die auf die Prüfung der Tätigkeit des Willensvollstreckers beschränkte Kognitionsbefugnis der Aufsichtsbehörde ergibt sich aus der Aufgabe des Willensvollstreckers, den Willen des Erblassers umzusetzen, ungeachtet der Frage, ob dieser Wille rechtlich durchsetzbar ist oder nicht. Die Aufsichtsbehörde prüft somit lediglich, ob sich der Willensvollstrecker an die letztwillige Verfügung hält, nicht jedoch deren Gültigkeit. Diese Aufgabe steht dem ordentlichen Zivilrichter zu.⁵⁶

Die Befugnisse der Aufsichtsbehörde bei der Anordnung von Massnahmen reichen von der blossen Weisungserteilung für zukünftige Handlungen (Gebote und Verbote), über die Verwarnung bis hin zur definitiven Absetzung des Willensvollstreckers aus wichtigem Grund, d.h. beispielsweise wegen Unfähigkeit, grober Pflichtverletzung, Interessenskonflikten oder fehlender Vertrauenswürdigkeit.⁵⁷ Die Absetzung ist die einschneidendste aller aufsichtsrechtlichen Massnahmen, die nur mit äusserster Zurückhaltung anzuwenden ist.⁵⁸ Auf diese Massnahme ist zu verzichten, „wenn andere Massnahmen eine pflichtgemässe Amtsführung in Zukunft verlässlich sicherzustellen vermögen“.⁵⁹

⁵⁵ HUX, S. 55

⁵⁶ DERRER, S. 30 ff.; HUX, S. 55 ff.; KÜNZLE, S. 400

⁵⁷ BGE 90 II 383; DERRER, S. 57 ff.; HUX, S. 56; JUCHLER, S. 129; KÜNZLE, S. 406 ff.

⁵⁸ JUCHLER, S. 130

⁵⁹ ZR 91/92 (1992/1993), Nr. 46, S. 175

Teil 3

Die Anwendung der auftragsrechtlichen Normen auf Willensvollstreckungen

7. Einleitende Bemerkungen

Wie in Ziffer 3. erwähnt, finden gemäss heutiger Lehre und Rechtsprechung die Regeln über das Auftragsrecht (Art. 394 – 406 OR) teilweise analog Anwendung auf die Willensvollstreckung. Die Willensvollstreckung an sich wird folglich nicht als Auftragsverhältnis aufgefasst. Die Prüfung der Anwendbarkeit der auftragsrechtlichen Bestimmungen auf die Willensvollstreckung wird nur durch deren knappe gesetzliche Regelung und die äusserliche Verwandtschaft mit dem Auftragsverhältnis veranlasst.

Nachfolgend wird auf einzelne Bestimmungen des Auftragsrechts eingegangen, wobei dargelegt wird, inwieweit sie auf die Willensvollstreckung anwendbar sind, d.h. in welchem Ausmass sich der Willensvollstrecker bei seinen Handlungen an diesen Bestimmungen orientieren und folglich auch die Konsequenzen seines Handelns abschätzen kann.

8. Begriff (OR 394)

Beim Auftrag handelt es sich um einen zweiseitigen Vertrag auf Arbeitsleistung, welcher stets Geschäfte des Auftraggebers betrifft und somit die Wahrung fremder Interessen zum Ziel hat.⁶⁰ Gemäss Art. 394 Abs. 2 OR fallen alle Verträge über Arbeitsleistung, welche keinem anderen Vertragstypus zugeordnet werden können, unter das Auftragsrecht. Dabei handelt es sich nach h.L. jedoch nur um eine beschränkte Subsidiarität des Auftragsrechts, da auch im Bereich von Arbeitsleistungen Raum für Innominatkontrakte bleiben muss. Aufgrund der Vertrags- bzw. Typenfreiheit müssen daher auch im Bereich der Dienstleistungsverträge gesetzlich geregelte und nicht geregelte Verträge gleichberechtigt nebeneinander

⁶⁰ BGE 122 III 361; BÜHLER, Art. 394 OR, Rn 3; HONSELL, S. 304

Bestand haben können.⁶¹ Folglich unterstehen nur jene Verträge über Arbeitsleistung dem Auftragsrecht, welche erstens nicht gesetzlich geregelt sind und zweitens nicht im Sinne eines sui generis Vertrages ausgestaltet worden sind.⁶²

Es stellt sich somit die Frage, ob die Anwendbarkeit der auftragsrechtlichen Bestimmungen auf Willensvollstreckungen bereits aufgrund von Art. 394 Abs. 2 OR gegeben ist, da dieses Institut im Gesetz zwar vorgesehen, jedoch nicht im Detail geregelt wird. Es bestehen keine Zweifel darüber, dass die Tätigkeit des Willensvollstreckers als Arbeitsleistung zu qualifizieren ist. Allerdings ist fraglich, ob der Willensvollstrecker durch Vertrag verpflichtet wird.⁶³

Es gibt verschiedene Argumente, die gegen ein Vertragsverhältnis und somit auch gegen die direkte Anwendbarkeit der auftragsrechtlichen Bestimmungen auf Willensvollstreckungen gestützt auf Art. 394 Abs. 2 OR sprechen. Zu erwähnen ist beispielsweise, dass Verträge gemäss Art. 1 OR durch übereinstimmende Willensäusserung zustande kommen, während die Ernennung des Willensvollstreckers durch einseitige Willensäusserung im Rahmen einer letztwilligen Verfügung erfolgt. Zwar kann die Willensäusserung des Erblassers als Vertragsofferte betrachtet werden, welche der Willensvollstrecker annehmen oder ablehnen kann. Jedoch wird der Offerent von dieser Erklärung nie Kenntnis erlangen, weshalb kein Vertrag mehr abgeschlossen werden kann.⁶⁴ Des Weiteren besitzt der Willensvollstrecker eine sehr selbstständige Stellung. Er muss insbesondere keine Anweisungen der Erben befolgen und kann von diesen nicht abgesetzt werden (ausser durch die Aufsichtsbehörde basierend auf einer Beschwerde seitens der Erben), während der Beauftragte Weisungen des Auftraggebers befolgen muss und von diesem jederzeit durch Widerruf oder Kündigung abgesetzt werden kann.⁶⁵ Zudem erlischt der Auftrag normalerweise mit dem Tod (Art. 405 Abs. 1 OR), während die Willensvollstreckung erst mit dem Tod beginnt.⁶⁶ Gegen die Annahme eines Vertragsverhältnisses spricht ausserdem auch die Aufsicht durch eine Behörde.⁶⁷

Folglich lässt sich eine Anwendbarkeit des Auftragsrechts nicht aus Art. 394 Abs. 2 OR herleiten, da die Arbeitsleistung des Willensvollstreckers nicht auf einer vertraglichen Verpflichtung basiert. M.E. steht auch die primäre Verweisung auf die Bestimmungen des Erbschaftsverwalters gemäss Art. 518 Abs. 1 ZGB der direkten Anwendung der auftragsrechtli-

⁶¹ BGE 109 II 462; BSK-WEBER, Art. 394 OR, Rn 23 ff.; FELLMANN, Art. 394 OR, Rn 352 ff; FISCHER, S. 259; DASSER, Art. 19 OR, Rn 2;

⁶² FISCHER, S. 260

⁶³ HUX, S. 70 f.

⁶⁴ HUX, S. 5, 66, 70; KÜNZLE, S. 83

⁶⁵ KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 14; KÜNZLE, S. 83

⁶⁶ HUX, S. 5; KÜNZLE, S. 83

⁶⁷ KÜNZLE, S. 83

chen Bestimmungen aufgrund von Art. 394 Abs. 2 OR entgegen. Wäre eine direkte Anwendbarkeit des Auftragsrechts vorgesehen, würde das Gesetz keine solche Verweisung beinhalten. Auf diese Bestimmungen wird im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht näher eingegangen.

9. Entstehung und Umfang (OR 395 – 396)

9.1 Entstehung (OR 395)

Betreffend die Entstehung der Willensvollstreckung kann auf Ziff. 4. verwiesen werden. Da die Entstehung der Willensvollstreckung im Gesetz eindeutig geregelt wird, steht die Anwendung der auftragsrechtlichen Bestimmung in diesem Bereich nicht zur Diskussion.⁶⁸ Zudem ist die analoge Anwendung von Art. 395 OR aus rein formeller Sicht nicht angebracht, weil die Formvorschriften für die Ernennung eines Willensvollstreckers wesentlich strenger sind als jene für das Zustandekommen des Auftrages, bei welchem der Grundsatz der Formfreiheit gilt.⁶⁹ Des Weiteren erfolgt die Ernennung des Willensvollstreckers wie erwähnt durch einseitige Willensäußerung (vgl. Ziff. 8.), während es sich beim Auftrag um einen Konsensualvertrag handelt.⁷⁰

9.2 Umfang (OR 396)

Grundsätzlich wird der Umfang des Auftrags durch Konsens von Auftraggeber und Beauftragtem festgelegt. Wird der Umfang jedoch nicht ausdrücklich bezeichnet, bestimmt er sich gemäss Art. 396 Abs. 1 OR nach der Natur des zu besorgenden Geschäfts.

Die herrschende Lehre leitet aus Art. 396 Abs. 2 OR die Rechtsvermutung ab, dass der Auftrag auch die Ermächtigung zu sämtlichen Rechtshandlungen umfasst, die zu dessen Ausführung erforderlich sind (sog. gesetzliche Vollmachtsvermutung). Ob der Beauftragte dabei als indirekter oder als direkter Stellvertreter handelt, ist eine Frage des Inhalts des zu besorgenden Geschäfts. Dabei hängt der Umfang der Vollmacht in erster Linie von den Aufgaben ab, die dem Beauftragten übertragen worden sind.⁷¹ Die Vermutung von Art. 396 Abs. 2 OR wird durch Art. 396 Abs. 3 OR beschränkt, indem für bestimmte Fälle durch den Auftragge-

⁶⁸ HUX, S. 72

⁶⁹ GUHL, S. 548; HONSELL, S. 304

⁷⁰ BSK-WEBER, Art. 395 OR, Rn 2; FELLMANN, Art. 395 OR, Rn 13 ff.

⁷¹ FELLMANN, Art. 396 OR, Rn 46 ff.; HOFSTETTER, S. 47 ff.; HUGUENIN, S. 117; WEBER, Art. 396 OR, Rn 9

ber eine besondere Vollmacht erteilt werden muss, da es sich bei diesen Tatbeständen nach der Ansicht des Gesetzgebers um Geschäfte mit besonderer wirtschaftlicher oder rechtlicher Tragweite handelt.⁷²

Geschuldet ist im Rahmen des Auftrags lediglich ein sorgfältiges Tätigwerden im Hinblick auf den Erfolg, nicht jedoch der Erfolg an sich.⁷³ Die Leistung kann dabei in einem Tun, Unterlassen oder Dulden bestehen, d.h. die charakteristische Leistung besteht ganz oder zu einem wesentlichen Teil in einer körperlichen oder geistigen Arbeit zum Vorteil eines Anderen.⁷⁴

Das in Art. 396 Abs. 1 OR statuierte Prinzip, wonach der Umfang sich mangels ausdrücklicher Bezeichnung nach der Natur des zu besorgenden Geschäfts richtet, hat auch für die Willensvollstreckung zu gelten. Dem Willensvollstrecker kommt dabei eine sehr selbstständige Stellung eigenen Rechts zu, die sich aus der letztwilligen Verfügung des Erblassers ableitet. Er handelt somit selbstständig nach den Vorschriften des Erblassers und nach objektiven Gesichtspunkten im Interesse der Erben und weiterer am Nachlass berechtigter Personen. Dabei kann der Willensvollstrecker praktisch ohne Vorbehalt alle Rechtshandlungen vornehmen, die zur Erfüllung seiner Aufgabe erforderlich sind, sofern diese zweckmässig sind und den Wert der Erbschaft nicht beeinträchtigen.⁷⁵ Folglich sind die Ermächtigungen des Willensvollstreckers umfassender als jene des Beauftragten. Insbesondere findet Art. 396 Abs. 3 OR keine Anwendung, da der Willensvollstrecker für die Vornahme seiner Handlungen keine besonderen Ermächtigungen benötigt. Diese ungleiche Behandlung ist in der unterschiedlichen Rechtsstellung des Willensvollstreckers und des Beauftragten begründet: Der Beauftragte steht in einem ständigen Abhängigkeitsverhältnis zum Auftraggeber, während der Willensvollstrecker aus einer eigenrechtlichen Stellung handelt und von niemandem Weisungen entgegenzunehmen hat.⁷⁶

Wie beim Auftrag ist auch bei der Durchführung der Willensvollstreckung vom Willensvollstrecker das bloss sorgfältige Tätigwerden, jedoch kein Erfolg, geschuldet. Der Willensvollstrecker hat die Teilung des Nachlasses zwar vorzubereiten, d.h. den Nachlass in einen teilungsfähigen Zustand zu bringen und dabei das Nachlassvermögen bestmöglich zu erhalten, die Teilung selbst hat jedoch durch die Erben zu erfolgen, indem sie entweder den vom Willensvollstrecker erarbeiteten Teilungsvertrag entgegennehmen und genehmigen, oder aber den Nachlass selbst nach eigenen Vorstellungen teilen (vgl. Ziff. 5.2.4).

⁷² FELLMANN, Art. 396 OR, Rn 121

⁷³ BÜHLER, Art. 394 OR, Rn 17; HONSELL, S. 314, HUGUENIN, S. 118;

⁷⁴ FISCHER, S. 258; WEBER, S. 19

⁷⁵ BGE 90 II 376; 97 II 11; HUX, S. 73 ff., KARRER, Art. 517/518 ZGB, Rn 8 und Art. 518 ZGB, Rn 11;

⁷⁶ HUX, S. 75

10. Honoraranspruch und Auslagenersatz

10.1 Honoraranspruch (OR 394 III / ZGB 517 III)

10.1.1 Anspruch auf Vergütung

Art. 517 Abs. 3 ZGB vermittelt dem Willensvollstrecker einen eigenständigen Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Diese Regelung geht daher weiter als Art. 394 Abs. 2 OR, wonach der Beauftragte nur dann Anspruch auf eine Vergütung hat, wenn es vereinbart oder üblich ist. Der Vergütungsanspruch des Willensvollstreckers ist zwingender Natur, d.h. der Willensvollstrecker hat in jedem Fall einen klagbaren Anspruch auf Vergütung. Dies gilt selbst dann, wenn der Erblasser die Vergütung testamentarisch ausschliessen sollte. Der Anspruch besteht von Bundesrechts wegen und wird in seinem Umfang folglich auch nach Bundesrecht definiert.⁷⁷

Das Honorar des Willensvollstreckers kann vom Erblasser in der letztwilligen Verfügung festgelegt werden. Allerdings muss auch die vom Erblasser festgelegte Vergütung angemessen sein. Der Willensvollstrecker kann eine Erhöhung bzw. die Erben können eine Ermässigung geltend machen, wenn keine Angemessenheit des Tarifs gegeben ist.^{78, 79} Folglich ist eine vom Erblasser festgelegte Entschädigung insoweit nicht verbindlich, als sie unangemessen ist.⁸⁰ Wird durch den Erblasser keine Höhe des Honorars festgelegt, kann der Willensvollstrecker selbst ein angemessenes Entgelt verlangen.⁸¹

10.1.2 Angemessenheit

Nach welchen Grundsätzen die Bemessung der angemessenen Vergütung erfolgen soll, wird im Gesetz nicht definiert. Gemäss BGE 129 I 330 hat „die Vergütung ausschliesslich nach den Bestimmungen des Bundesrechts zu erfolgen, aufgrund welcher sie objektiv im Verhältnis zu den erbrachten Leistungen zu ermitteln ist; sie darf weder pauschal allein nach Mass-

⁷⁷ CHRIST, Art. 517, Rn 30; ESCHER, Art. 517 ZGB, Rn 10; HRUBESCH-MILLAUER, S. 1210; FLÜCKIGER, S. 202; KARRER, Art. 517, Rn 28;

⁷⁸ ESCHER, Art. 517 ZGB, Rn 10; KARRER, Art. 517, Rn 28; KÜNZLE, S. 323

⁷⁹ MÜNCHKOMM, § 2221, Rn 4: im deutschen Recht ist in § 2221 explizit vorgesehen, dass primär die Bestimmung des Honorars durch den Erblasser massgebend ist. Ist die durch den Erblasser festgesetzte Vergütung unangemessen niedrig oder hat er sie sogar ganz ausgeschlossen, liegt es am Ernannten, das Amt abzulehnen oder mit den Erben über die Vergütung zu verhandeln. Hat der Erblasser keine Vergütung bestimmt, so ist ebenfalls eine angemessene Vergütung geschuldet.

⁸⁰ HRUBESCH-MILLAUER, S. 1215; JERMANN, S. 165

⁸¹ KÜNZLE, S. 323

gabe des Wertes der Erbschaft bestimmt werden, noch nach dem Kriterium, ob der Willensvollstrecker Notar ist oder nicht (...)“.

Nach der heutigen Lehre und der vom Bundesgericht entwickelten Formel setzt die Angemessenheit i.S.v. Art. 517 Abs. 3 ZGB voraus, dass die Vergütung des Willensvollstreckers „unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls festgesetzt wird und dabei der aufgewendeten Zeit, der Komplexität, dem Umfang und der Dauer des Auftrages sowie der damit verbundenen Verantwortung Rechnung trägt“.⁸² Erstes Kriterium ist der Zeitaufwand, d.h. die aufgewendeten Arbeitsstunden. Dieser wird v.a. vom Umfang und der Dauer der Willensvollstreckung beeinflusst. Der Willensvollstrecker hat somit über seine mit dem Mandat aufgewendeten Stunden genau Buch zu führen. Spezialkenntnissen bzw. besseren beruflichen Qualifikationen wird im Rahmen der Kriterien „Komplexität und Verantwortung“ Rechnung getragen. Bessere Berufsqualifikationen rechtfertigen höhere Ansätze.⁸³ Bei der Verantwortung spielt auch die Grösse des Nachlassvermögens eine Rolle, jedoch sollte der effektive Arbeitsaufwand im Vordergrund stehen. Pauschaltarife sollten nur ausnahmsweise angewendet werden, „da sie in der Regel keine angemessene, der Billigkeit entsprechende Vergütung für Arbeit und Verantwortung darstellen. Weder die Arbeit noch die Verantwortung hängt immer vorwiegend von der Grösse des ihren Gegenstand bildenden Vermögens ab“.⁸⁴ Wird anstelle des Stundentarifs eine Pauschale gewählt, darf sie im konkreten Fall nicht zu einem wesentlich anderen Ergebnis führen.⁸⁵ Das Obergericht zitiert die Praxis der Gebührenkommission des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte, welcher Folgende Grundsätze verfolgt: „(...) Vierstellige Stundenansätze erscheinen a priori nicht als angemessen, vielleicht einige ganz wenige Spezialfälle einmal ausgenommen. Im Normalfall beträgt der Bruttoaktiven-Zuschlag 1%, und nur bei besonders komplizierten und schwierigen Willensvollstreckungen kann bis zu 2% gegangen werden, und auch dies umso weniger, je höher der Nachlass ist“.⁸⁶

Ergänzend kann für die Beurteilung der Angemessenheit der Vergütung die Praxis zu Art. 394 Abs. 3 OR beigezogen werden, die ebenfalls einen bundesrechtlichen Anspruch regelt und auf den Begriff der „Üblichkeit“ abstellt.⁸⁷ Auch hier gilt, dass Stundenansätze

⁸² BGE 129 I 330; FLÜCKIGER, S. 206; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 29

⁸³ BGE 78 II 127; FLÜCKIGER, S. 206; HRUBESCH-MILLAUER, S. 1212; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 29; KÜNZLE, S. 323 ff.

⁸⁴ BGE 78 II 127; FELLMANN, Art. 394 OR, Rn 448 ff.

⁸⁵ BGE 78 II 123; KÜNZLE, S. 325

⁸⁶ HRUBESCH-MILLAUER, S. 1213; ZR 94 (1995), Nr. 64, S. 197

⁸⁷ BGE 117 II 282; BSK-WEBER, Art. 394 OR, Rn 39; FLÜCKIGER, S. 209; KARRER, Art. 517, Rn 29 ff.; **a.M.:** FELLMANN, Art. 394 OR, Rn 395 ff., vertritt die Meinung, dass Art. 394 Abs. 3 OR sich nur auf die Frage bezieht, ob eine Vergütung geschuldet ist oder nicht und nicht auf darauf, ob die Höhe der Vergütung üblich ist oder nicht.

mit oder ohne einen variablen Prozentzuschlag am Besten geeignet sind, um ein angemessenes Honorar i.S.v. Art. 517 Abs. 3 ZGB festzulegen, während Pauschaltarife, die lediglich eine fixe Prozentzahl vorgeben, zu wenig flexibel sind, um den konkreten Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen.⁸⁸ Wie bei der Willensvollstreckung bestimmt sich auch im Bereich des Auftragsrechts ein „übliches“ Honorar „nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich nach der Art und Dauer des Auftrages, der übernommenen Verantwortung sowie der beruflichen Tätigkeit und Stellung des Beauftragten“.⁸⁹ In der Regel können berufsständische Honorarordnungen oder kantonale Tarife subsidiär als Anhaltspunkte für die Üblichkeit der Vergütung beigezogen werden.⁹⁰

Generell muss dem Willensvollstrecker bei der Honorarfestsetzung ein gewisser Ermessensspielraum zugestanden werden. Nur wenn die Grenzen des Ermessens klar überschritten werden, also bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen dem Wert der Leistung und dem Honorar, ist eine Vergütung richterlich zu beanstanden.⁹¹

Der Umfrage bei den zehn Anbietern von Willensvollstreckungen kann entnommen werden, dass in der Praxis für die Berechnung des Honorars überwiegend Stundenansätze, teilweise in Kombination mit einem kleinen Prozentzuschlag für grössere bzw. komplexere Nachlässe, zur Anwendung kommen. Die Stundenansätze können dabei bei einigen Anbietern nach der Komplexität des Nachlasses oder nach der Person, welche die Arbeiten ausführt (Rang, Ausbildung), variieren. Lediglich einer der Befragten bemisst das Honorar mit einem reinen Pauschaltarif von maximal 1% des Nachlassvermögens.

M.E. ist die Bestimmung des Honorars mittels Stundenansätzen der richtige Ansatz, da aufgrund von reinen Pauschaltarifen fast nie eine dem Aufwand und der Komplexität des Nachlasses angemessene Vergütung resultiert. Es sollte meiner Meinung nach grundsätzlich möglich sein, die Stundenansätze so auszugestalten, dass sämtliche Generalunkosten gedeckt werden können und auf berufliche Qualifikationen und die Komplexität eines konkreten Falles Rücksicht genommen werden kann. Wie es in der Praxis zum Teil auch gehandhabt wird, kann dies z.B. durch eine Variierung der Ansätze je nach Fachwissen der Person, welche die Arbeiten ausführt oder mittels eines minimalen zusätzlichen Pauschaltarifs bewerkstelligt werden. Es scheint mir hingegen nicht angemessen, eine Honorierung mit reinem Pauschaltarif festzulegen, die sich unter Umständen im Nachhinein unter Berücksichtigung des effektiven Arbeitsaufwandes nicht rechtfertigen lässt.

⁸⁸ BSK-WEBER, Art. 394 OR, Rn 37 ff.; FELLMANN, Art. 394 OR, Rn 416 ff.; FLÜCKIGER, S. 209 ff.; WEBER, S. 70 ff.

⁸⁹ BGE 101 II 111; 117 II 282

⁹⁰ HRUBESCH-MILLAUER, S. 1212; FLÜCKIGER, S. 208; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 30

⁹¹ BSK-WEBER, Art. 394, Rn 39; FLÜCKIGER, S. 217; WEBER, S. 70

Die Höhe des Honorars wird von den Erben in der Praxis mehrheitlich akzeptiert, ohne dass grössere Beanstandungen gemacht werden. In wenigen Fällen werden die Honoraransätze als zu hoch taxiert. Als wichtig erachtet wird von den Befragten, dass der Willensvollstrecker die Höhe des Honorars bzw. die Grundsätze der Honorarfestsetzung zu Beginn des Mandates offenlegt. Dass die Honoraransätze der befragten Unternehmen bzw. Personen sich in einem legitimen Rahmen bewegen, zeigt sich auch dadurch, dass ein vom Erblasser ernannter Willensvollstrecker selten von den Erben gebeten wird das Mandat aus Kostengründen abzulehnen. Daraus kann geschlossen werden, dass die Kosten von den Erben grundsätzlich gerne in Kauf genommen werden, wenn ihnen im Gegenzug die Aufwendungen für die Teilung des Nachlasses erspart bleiben.

10.2 Auslagenersatz (OR 402 I)

Mit der angemessenen Vergütung i.S.v. Art. 517 Abs. 3 ZGB wird die eigentliche Tätigkeit des Willensvollstreckers abgedeckt. Daneben hat er einen Anspruch auf Ersatz von Spesen und Auslagen gemäss Art. 402 Abs. 1 OR.⁹² Wie auch dem Beauftragten sind somit auch dem Willensvollstrecker sämtliche Vermögenseinbussen zu ersetzen, welche er freiwillig erlitten hat, um das Mandat zu besorgen. Es handelt sich dabei um einen Wertersatz- nicht um einen Schadenersatzanspruch.⁹³

Gemäss BGE 78 II 51 ist eine „Verwendung im Sinne dieser Bestimmung jede durch die richtige Ausführung des Auftrages begründete Aufwendung, bestehe sie nun in der Ausgabe von Geld, in der Übernahme einer Verpflichtung oder in irgend welcher andersgearteter Verminderung des Vermögens des Beauftragten“. Im Rahmen von Willensvollstreckungen handelt es sich v.a. um Kosten für den Beizug von Banken, Vermögensverwaltern, Anwälten, Auslagen für die Schätzung von Liegenschaften etc.⁹⁴ Generalunkosten, d.h. Kosten für Löhne, Büromieten, Anschaffungen etc. stellen keine ersetzbaren Verwendungen i.S.v. Art. 402 Abs. 1 OR dar. Sie sind im Rahmen der Honoraransätze zu berücksichtigen.⁹⁵

Der Anspruch besteht allerdings nur für Auslagen und Verwendungen, die in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht worden sind, insbesondere, wenn ein objektiv sinnvoller Aufwand betrieben wurde (zweckmässiges Vorgehen, keine unnötigen Kosten etc.).⁹⁶ Der Willensvollstrecker hat den „Auftrag“ dann richtig ausgeführt, wenn er die Anordnungen des

⁹² BGE 2P.139/2001; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 31

⁹³ BSK-WEBER, Art. 402 OR, Rn 3

⁹⁴ KARRER, Art. 517, Rn 31; KÜNZLE, S. 326

⁹⁵ BSK-WEBER, Art. 402 OR, Rn 5; FELLMANN, Art. 402 OR, Rn 26 ff.; WEBER, S. 66

⁹⁶ BGE 110 II 283; BSK-WEBER, Art. 402 OR, Rn 6; FELLMANN, Art. 402 OR, Rn 39 ff.

Erblässers getreu und sorgfältig ausgeführt hat. Dies gilt auch dann, wenn er auf Weisungen der Erben keine Rücksicht genommen hat.⁹⁷

Da der Willensvollstrecker am Nachlass materiell-rechtlich nicht berechtigt ist, und somit keine Eigentumsrechte daran hat, berechtigt und verpflichtet er durch seine Handlungen immer direkt die Erben, auch wenn er in eigenem Namen Geschäfte besorgt. Eine Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten (Art. 402 Abs. 1 OR) ist daher im Rahmen der Willensvollstreckung nicht erforderlich.⁹⁸ Dies im Gegensatz zu einem Beauftragten, der in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung, d.h. als indirekter Stellvertreter, handelt⁹⁹ und damit einem Dritten gegenüber haftbar wird.¹⁰⁰

11. Vorschriftsgemässe Vertragsausführung (OR 397)

11.1 Vertragsgemässe Ausführung und Weisungsrecht

Im Rahmen des Auftrags schuldet der Beauftragte dem Auftraggeber ein blosses Tätigwerden hinsichtlich des vereinbarten Ziels. Es wird folglich kein konkreter Erfolg geschuldet. Dabei ist er allerdings verpflichtet, den bestimmten Erfolg anzustreben, d.h. er hat alles zu tun, um den Eintritt des Erfolgs zu begünstigen und hat alles zu vermeiden, was den Eintritt des Erfolgs beeinträchtigen könnte.¹⁰¹ Der Auftrag ist gemäss Art. 397 Abs. 1 OR nach den Vorschriften des Auftraggebers auszuführen. Der Beauftragte darf dabei nur unter bestimmten Voraussetzungen von den erteilten Vorschriften abweichen. Da der Ablauf des Rechtsgeschäfts sich jedoch nicht bis ins kleinste Detail voraussehen lässt und somit nicht sämtliche Einzelheiten der Vertragserfüllung im voraus festgelegt werden können, bedarf es oftmals nachträglicher einseitiger Weisungen seitens des Auftraggebers, um den Auftrag den veränderten Gegebenheiten oder veränderten aktuellen Interessen des Auftraggebers anzupas-

⁹⁷ HUX, S. 104

⁹⁸ Gleiches gilt für die Legalzession gemäss Art. 401 OR, aufgrund welcher Forderungsrechte gegenüber Dritten, die ein indirekter Stellvertreter im Rahmen der Auftragsausführung erworben hat, ohne weiteres auf den Auftraggeber übergehen. Die Erben benötigen diesen Schutz nicht, da der Willensvollstrecker aus eigenem Recht handelt, und durch seine Handlungen die Erben immer direkt berechtigt und verpflichtet, ohne dass es dafür einer formellen Rechtsübertragung bedarf.

⁹⁹ D.h. die Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten ist nur für den indirekten Stellvertreter von Bedeutung, nicht hingegen für den direkten Stellvertreter, der in fremdem Namen und auf fremde Rechnung handelt.

¹⁰⁰ HUX, S. 105

¹⁰¹ FELLMANN, Art. 397 OR, Rn 8 ff.; HUGUENIN, S. 118;

sen.¹⁰² Rechtlich handelt es sich bei den Weisungen um einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen des Auftraggebers, mit denen der Inhalt des Auftrages konkretisiert bzw. abgeändert wird. Sie sind für den Beauftragten verbindlich, sofern sie nicht rechtswidrig oder unsittlich sind (vgl. Ziff. 11.2).¹⁰³ Die vertragsgemässe Ausführung des Auftrags besteht demzufolge darin, hinsichtlich des vereinbarten Erfolges tätig zu werden und dabei gemäss den Weisungen des Auftraggebers zu handeln.

Da der Willensvollstrecker aus eigenem Recht heraus frei und selbstständig handelt (vgl. Ziff. 5.1), muss er sich eine solche Handlungsbeschränkung, wie sie beim Beauftragten besteht, nicht gefallen lassen. Er kann alle Rechtshandlungen vornehmen die zur Erfüllung seiner Aufgabe erforderlich sind und muss diesbezüglich keine Anweisungen der Erben befolgen. Lediglich Weisungen die der Erblasser im Rahmen der letztwilligen Verfügung erteilt müssen durch den Willensvollstrecker beachtet werden. Problematisch ist hierbei m.E., dass solche Weisungen unter Umständen vor Jahren niedergeschrieben worden sind und allenfalls nicht mehr den Interessen des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes entsprechen. Der Willensvollstrecker hat jedoch keine Möglichkeit mehr, bei fehlenden Instruktionen und Unklarheiten um Weisungen nachzufragen oder bei auslegungsbedürftigen Weisungen eine Konkretisierung zu verlangen.

M.E. ist es deshalb empfehlenswert, trotz fehlender Verpflichtung bei den Erben Weisungen einzuholen bzw. das weitere Vorgehen abzusprechen und die Zustimmung sämtlicher Erben einzuholen bei Entscheidungen, die einen wesentlichen Einfluss auf die Abwicklung und Teilung des Nachlasses haben. Dies insbesondere aufgrund dessen, dass der Willensvollstrecker nicht ermächtigt ist, den Willen des Erblassers zu ergänzen oder zu konkretisieren (vgl. Ziff. 5.2.1), jedoch bei Unklarheiten wie erwähnt keine Möglichkeit mehr hat, beim Erblasser Weisungen einzuholen. Des Weiteren haben die Erben ein Recht auf freie Erbteilung (vgl. Ziff. 5.2.4) und können bei Einigkeit von den Teilungsvorschriften und Weisungen des Erblassers abweichen. Gemäss BGE 108 II 535 sollte den Erben die Gelegenheit gegeben werden, sich zu einem vom Willensvollstrecker aufgesetzten Teilungsplan zu äussern, d.h. deren Teilungswünsche sind zu berücksichtigen.¹⁰⁴ Somit ist es meiner Meinung nach auch naheliegend, dass man bereites während der Abwicklung der Willensvollstreckung mit den Erben Rücksprache nimmt und allenfalls konkrete Handlungsanweisungen verlangt. Natür-

¹⁰² FELLMANN, Art. 397 OR, Rn 9: "Der Inhalt des Auftragsverhältnisses muss daher nicht im Detail durch individuelle Vereinbarungen festgelegt werden; der Auftraggeber kann ihn vielmehr auch nach Abschluss des Vertrages durch einseitige Anordnungen konkretisieren".

¹⁰³ BSK-WEBER, Art. 397 OR, Rn 4; HOFSTETTER, S. 101 ff.; HUX, S. 76; FISCHER, S. 262

¹⁰⁴ Vgl. auch BGE 5P.440/2002

lich sind diese vom Willensvollstrecker nur insoweit zu befolgen, als die Erben sich einig sind.

In der Praxis wird gemäss den Angaben der befragten Unternehmen auf Weisungen der Erben eingegangen, sofern diese einstimmig erfolgen, nicht gesetzes- oder rechtswidrig sind und ein Auslegungsspielraum besteht. Insbesondere wenn es um die Vermögensverwaltung, den Verkauf von Nachlassgegenständen oder um Zuteilungswünsche geht, wird bei den Erben z.T. auch konkret um Weisungen nachgesucht bzw. deren Zustimmung eingeholt.

Es stellt sich die Frage, ob durch das Einholen von Weisungen bei den Erben ein Auftrag zwischen diesen und dem Willensvollstrecker zustande kommt. Wird dies bejaht, kommt es zu wesentlichen Veränderungen bei der Haftung des Willensvollstreckers. Er kann einerseits im Rahmen der Willensvollstreckung und andererseits bei Vertragsverletzungen im Rahmen des „neuen“ Auftrages zwischen ihm und den Erben schadenersatzpflichtig werden. M.E. ist das Zustandekommen eines neuen Auftragsverhältnisses zwischen den Erben und dem Willensvollstrecker jedoch zu verneinen. Es entspricht meiner Meinung nach nicht dem Willen des Willensvollstreckers einen neuen Vertrag einzugehen, sondern es geht ihm lediglich darum, sich im Rahmen des „Willensvollstreckungsauftrages“ abzusichern und die Wünsche der Erben zu berücksichtigen. Damit fehlt der erforderliche Rechtsbindungswille auf Seiten des Willensvollstreckers. Auch für die Erben sollte es m.E. offensichtlich sein, dass der Willensvollstrecker keinen Vertrag mit Ihnen eingehen, sondern lediglich das Mandat sorgfältig und in Übereinstimmung mit deren Interessen durchführen will.

11.2 Schranken des Weisungsrechts

Das sich aus Art. 397 Abs. 1 OR ergebende Weisungsrecht des Auftraggebers bedeutet nicht, dass dieser den Vertragsinhalt durch einseitige Anordnungen beliebig verändern kann. Weisungen können grundsätzlich nur innerhalb des vereinbarten Vertragsgegenstands erteilt werden. Wird diese Grenze überschritten, d.h. werden vom Beauftragten zusätzliche Leistungen verlangt, stellt dies eine Offerte für einen neuen Auftrag dar, welcher wiederum der ausdrücklichen oder stillschweigenden Annahme durch den Beauftragten bedarf.¹⁰⁵ Weisungen haben sich zudem, wie auch vertragliche Vereinbarungen, innerhalb der Schranken des Gesetzes zu halten (Art. 19 OR). Rechtswidrige, sittenwidrige oder unmögliche Weisungen müssen vom Beauftragten nicht befolgt werden, da sie rechtsunwirksam sind.¹⁰⁶ Des Weiteren bildet der Grundsatz von Treu und Glauben eine Schranke für das Weisungsrecht des

¹⁰⁵ FELLMANN, Art. 397 OR, Rn 78 ff.; HOFSTETTER, S. 102

¹⁰⁶ FELLMANN, Art. 397 OR, Rn 97 ff.; HOFSTETTER, S. 103;

Auftraggebers. Der Beauftragte muss eine erhebliche und unzumutbare Erschwerung seiner Stellung nicht hinnehmen. Ebenso ist es dem Auftraggeber nicht erlaubt, Weisungen zu erteilen, die einen unzumutbaren Eingriff in die persönlichen Verhältnisse des Beauftragten darstellen.¹⁰⁷

Da der Willensvollstrecker keine Weisungen der Erben befolgen muss, steht m.E. ausser Frage, dass für Weisungen, die er trotz mangelnder Verpflichtung entgegennimmt, die aufgeführten Schranken gelten.

11.3 Unzweckmässigkeit und Abmahnungspflicht

Der Beauftragte darf Weisungen nicht einfach so entgegennehmen und ohne Weiteres befolgen. Vielmehr hat er die Aufgabe die Weisungen mit Sachverstand zu begutachten, konstruktive Kritik zu üben und dem Auftraggeber die möglichen Konsequenzen darzulegen.¹⁰⁸

Den Beauftragten trifft damit bei unzweckmässigen und unsachgemässen Weisungen eine sogenannte Abmahnungspflicht¹⁰⁹, da davon ausgegangen wird, er sei der sachkundige Teil der Auftragsparteien.¹¹⁰ Diese Pflicht ergibt sich aus der Sorgfalts- und Treuepflicht (OR 398 Abs. 2 OR), welcher der Beauftragte untersteht. Diese gebietet, dass der Beauftragte die Weisung auf deren Zweckmässigkeit hin überprüft und den Auftraggeber von unzweckmässigen Anordnungen abzubringen versucht.¹¹¹ Ob eine Weisung zweckmässig ist oder nicht, ist immer mit Blick auf das vom Auftraggeber anvisierte Ziel zu beurteilen. Stellt eine Weisung die Erreichung des Auftragszweckes in Frage, ist sie als unzweckmässig zu betrachten.¹¹²

Beharrt der Auftraggeber trotz klarer und bestimmter Abmahnung des Beauftragten auf einer unzweckmässigen Weisung, muss der Beauftragte diese ausführen oder er hat das Mandat niederzulegen.¹¹³ Verhindert die unzweckmässige Weisung die ordentliche Erfüllung des Auftrags, kann sich der Beauftragte mit Hinweis auf die Abmahnung exkulpieren (Art. 97 Abs. 1 OR).¹¹⁴

Es stellt sich folglich die Frage, ob auch den Willensvollstrecker eine „Abmahnungspflicht“ gegenüber den Erben trifft, sei es für Weisungen, die er von den Erben selbst entgegenge-

¹⁰⁷ BSK-WEBER, Art. 97 OR, Rn 7; FELLMANN, Art. 397 OR, Rn 82 ff.

¹⁰⁸ FELLMANN, Art. 397 OR, Rn 101: der Beauftragte hat eine Pflicht zu „denkendem Gehorsam“.

¹⁰⁹ analog zu Art. 369 OR

¹¹⁰ BGE 115 II 65; BSK-WEBER, Art. 397 OR, Rn 8; FELLMANN, Art. 397 OR, Rn 105 ff.; FISCHER, S. 265 ff.; HOFSTETTER, S. 103; HUGUENIN, S. 122;

¹¹¹ FELLMANN, Art. 397 OR, Rn 106

¹¹² FELLMANN, Art. 397 OR, Rn 107

¹¹³ HOFSTETTER, S. 103

¹¹⁴ FELLMANN, Art. 397 OR, Rn 109 ff.; HOFSTETTER, S. 103 ff.

nommen hat oder für Weisungen, die er im Rahmen der letztwilligen Verfügung vom Erblasser erhalten hat. M.E ist eine solche Pflicht grundsätzlich zu bejahen, da sie ein Ausfluss aus der Treue- und Sorgfaltspflicht ist. Allerdings hängt die Beurteilung, ob die fragliche Person dieser Pflicht nachgekommen ist oder nicht, meiner Meinung nach davon ab, wer die Funktion des Willensvollstreckers ausübt und ob diese Person diese Aufgabe berufsmässig oder privat ausführt. Von einem Erben, der die Willensvollstreckung durchführt, können nach meiner Ansicht nicht die gleichen Kenntnisse erwartet werden wie von einem Rechtsanwalt oder einem Treuhänder. Je nachdem kann von der entsprechenden Person verlangt werden, dass sie die Unzweckmässigkeit einer Anordnung hätte erkennen und entsprechend darauf hinweisen müssen oder nicht. Dies ist m.E. stets von Fall zu Fall aufgrund der in Frage stehenden Weisung und der von der entsprechenden Person zu erwartenden Sorgfalt bei der Ausführung des Mandates zu beurteilen.

12. Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit

(OR 398 I, II)

12.1 Vorbemerkungen

Der Willensvollstrecker unterliegt den gleichen Haftungsnormen wie der Beauftragte, so dass auch auf ihn die Grundsätze von (Art. 97 ff. i.V.m.) Art. 398 OR anwendbar sind.¹¹⁵ Dabei handelt es sich im Rahmen der Willensvollstreckung um eine vertragsähnliche Verschuldenshaftung¹¹⁶, wobei die Haftung an die Verletzung der bei der Ausführung des Geschäfts geschuldeten Sorgfalt und Treue anknüpft. Rechtstechnisch gesehen handelt es sich um eine „nicht gehörige Erfüllung“ des Vertrages. Ist ein Vertrag nicht gehörig erfüllt worden, hat der Leistungsschuldner für den daraus entstandenen Schaden Ersatz zu leisten.¹¹⁷

Die analoge Anwendung der auftragsrechtlichen Haftungsbestimmungen auf die Willensvollstreckung ist dadurch begründet, dass die Erben zwar nicht in einem Auftragsverhältnis zum Willensvollstrecker stehen, aber doch die Eigentümer des der Willensvollstreckung unterstehenden Vermögens sind.¹¹⁸ Mit der Vermögensverfügung des Erblassers im Rahmen der letztwilligen Verfügung hat er den Vermögensberechtigten auch die Befugnis übertragen, jeden vom Willensvollstrecker verursachten Schaden selbstständig geltend zu machen. Der

¹¹⁵ BGE 101 II 47; 5C.119/2004; ESCHER, Art. 518 ZGB, Rn 14; FUHRER, S. 115; HUX, S. 77 ff.; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 109; KÜNZLE, S. 337

¹¹⁶ CHRIST, Art. 518 ZGB, Rn 102 ff.; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 109; KÜNZLE, S. 337

¹¹⁷ FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 183

¹¹⁸ ESCHER, Art. 518 ZGB, Rn 14

Erblasser schuldet damit den Berechtigten eine korrekte Geschäftsführung, wobei die Verantwortlichkeit den Erben gegenüber eine Abgeleitete ist.¹¹⁹

Nachfolgend wird zuerst auf die Sorgfalts- und Treuepflicht eingegangen, um das erforderliche Mass der Sorgfalt im Rahmen von Willensvollstreckungen darzulegen. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf die Sorgfaltspflicht bei der Vermögensverwaltung gelegt. Anschliessend wird die Haftung des Willensvollstreckers gemäss Art. 97 ff. i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR abgehandelt, wobei sich die Ausführungen auf die positive Vertragsverletzung beschränken.

12.2 Sorgfalts- und Treuepflicht im Allgemeinen

12.2.1 Sorgfaltspflicht

Der Beauftragte schuldet dem Auftraggeber eine sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts. Eine unsorgfältige und somit unsachgemässe Ausführung des Auftrags ist folglich haftungsbegründend. Basierend auf der Sorgfaltspflicht ist der Schuldner der Leistung gefordert, „alles zu tun, um die richtige Erfüllung der Hauptleistung und die Verwirklichung des Leistungserfolges zu sichern und dabei das Integritätsinteresse des Gläubigers zu beachten“.¹²⁰ Als Sorgfaltspflichtverletzung und damit als Vertragsverletzung, welche eine Ersatzpflicht nach sich zieht, gilt daher „jede Abweichung von einem nach den Interessen des Gläubigers beurteilten, sachgerechten Handeln“.¹²¹ Dies gilt sowohl hinsichtlich der Hauptpflicht als auch hinsichtlich der Nebenpflichten.¹²²

Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien, d.h. nach einem berufsspezifischen Durchschnittsverhalten. Somit richtet sich der Sorgfaltsmassstab nach den Fähigkeiten, Fachkenntnissen und Eigenschaften des Beauftragten.^{123, 124} „Erforderlich ist die Sorgfalt, die ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt. Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig, gegen Entgelt ausübt“.¹²⁵ Sofern für eine Be-

¹¹⁹ HUX, S. 78

¹²⁰ FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 21

¹²¹ FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 21;

¹²² BSK-WEBER, Art. 398 OR, Rn 26

¹²³ BGE 4A.223/2007; 127 III 357; 124 III 161; 115 II 62; BÜHLER, Art. 398 OR, Rn 5

¹²⁴ GUHL, S. 549: „für das Mass der Sorgfalt verweist das Auftragsrecht auf OR 321a und 321e. Doch ergibt sich aus der Natur des Vertragsverhältnisses, dass in dieser Beziehung beim Mandat strengere Grundsätze angewendet werden müssen. (...) Denn der Beauftragte steht begriffsnotwendig als organisatorisch und wirtschaftlich selbstständige Person gerade nicht in einem (...) Subordinationsverhältnis gegenüber seinem Arbeitgeber.“

¹²⁵ BGE 115 II 62

rufsart oder ein Gewerbe allgemeine Verhaltensregeln und Usanzen bestehen, können sie bei der Bestimmung des Sorgfaltsmassstabs beigezogen werden.¹²⁶ Ob eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, ist anhand des konkreten Falls zu prüfen.¹²⁷

Ein angebotener Auftrag ist abzulehnen, wenn der Beauftragte für die Geschäftsbesorgung nicht genügend qualifiziert ist und aus diesem Grund die gebotene Sorgfalt nicht erfüllt werden kann. Andernfalls liegt ein sogenanntes Übernahmeverschulden vor, wenn es zu einem Schaden kommt.¹²⁸

Somit wird vom Willensvollstrecker (wie auch vom Beauftragten) ein sorgfältiges und sachgemässes Verhalten bei der Leistungshandlung verlangt, d.h. ein Anstreben des verlangten Erfolges mit jenen Fähigkeiten und Kenntnissen, die von ihm erwartet werden und auch erwartet werden dürfen.¹²⁹ Eine Befreiung des Willensvollstreckers von der Haftung für mangelnde Sorgfalt durch den Erblasser ist nicht möglich.¹³⁰ Mangelnde Fachkenntnisse sind keine Entschuldigung: Ist der Willensvollstrecker für die Geschäftsbesorgung nicht genügend qualifiziert, hat er entweder einen Fachmann beizuziehen oder das Mandat niederzulegen.¹³¹

12.2.2 Treuepflicht

Die Treuepflicht als wesentliche Nebenpflicht bedeutet für den Beauftragten, dass er sein Verhalten aufgrund der Fremdnützigkeit des Auftrags dem Interesse des Auftraggebers unterzuordnen hat. Aufgrund der Treuepflicht schuldet der Beauftragte dem Auftraggeber folglich eine umfassende interessenwahrende Tätigkeit.¹³² Der Beauftragte hat insbesondere alles zu unterlassen, was den Interessen des Auftraggebers schaden könnte.¹³³ Damit ist die Treue im Sinne einer generellen Interessenwahrung umfassender als die Sorgfalt, die „lediglich“ eine sachgerechte Abwicklung des übertragenen Geschäfts verlangt.¹³⁴

Die Treuepflicht bildet die Grundlage für eine Vielzahl von Nebenpflichten, denen der Beauftragte untersteht und die zur primären Leistungspflicht hinzutreten. Diese Generalklausel bedarf der Konkretisierung, wobei sich die Ausgestaltung im Einzelfall nach der Natur des in Frage stehenden Geschäfts richtet. Stets jedoch fordern die Treuepflichten vom Beauftragten

¹²⁶ BGE 4A.223/2007; 115 II 64; 108 II 318

¹²⁷ BGE 4A.223/2007; 127 III 357

¹²⁸ BSK-WEBER, Art. 398 OR, Rn 28

¹²⁹ HUX, S. 81

¹³⁰ HUX, S. 82 ff.; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 11

¹³¹ KÜNZLE, S. 339; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 16

¹³² BSK-WEBER, Art. 398 OR, Rn 8; BÜHLER, Art. 398 OR, Rn 2; FELLMANN, Art. 389 OR, Rn 23

¹³³ BGE 115 II 62; BÜHLER, Art. 398 OR, Rn 2; GUHL, S. 549

¹³⁴ BSK-WEBER, Art. 398 OR, Rn 8

eine Ausrichtung des Handelns auf den nach dem Vertrauensprinzip zu berücksichtigenden Leistungszweck.¹³⁵ Aus der Treuepflicht fliessen z.B. die Obhuts- und Schutzpflichten, die auf den Schutz des Integritätsinteresses und der Rechtsgüter des Auftraggebers ausgerichtet sind, die Diskretions- und Geheimhaltungspflicht sowie die Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht¹³⁶, der im Auftragsrecht sowohl hinsichtlich der Rechenschaftsablegung (Art. 400 OR) als auch der sorgfältigen Ausführung der übertragenen Aufgabe eine grosse Bedeutung zukommt (vgl. nachfolgend Ziff. 14.).¹³⁷ Zudem ergeben sich aus der Treuepflicht auch die Abmahnungspflicht und die Pflicht einen Auftrag nur anzunehmen, wenn der Beauftragte über die erforderlichen Fähigkeiten verfügt.¹³⁸

Die massgebenden Treuepflichten sowie deren Umfang sind dabei jeweils für den Einzelfall zu bestimmen. Der Umfang bestimmt sich im Wesentlichen nach dem Mass des Vertrauens, das dem Leistungsschuldner entgegengebracht wird. Je tiefer das Vertrauen, desto umfangreicher sind die Treuepflichten.¹³⁹

„Den Willensvollstrecker, der die Erbschaft zu verwalten, einen Teilungsplan auszuarbeiten und die Vermächtnisse auszurichten hat, trifft die für jeden in fremdem Interesse handelnden Geschäftsbesorger typische Pflicht der getreuen Geschäftsführung genauso wie sie den Beauftragten gemäss Art. 398 Abs. 2 OR trifft. Demnach hat der Willensvollstrecker sein Verhalten stets den Interessen seines Geschäftsherrn zu unterstellen. Die Pflicht der getreuen Geschäftsführung fordert von ihm, dass sein Wirken jederzeit auf die vorschriftsgemässe Durchführung der ihm testamentarisch übertragenen Geschäfte ausgerichtet ist und dass er all jene Handlungen zu unterlassen hat, die für die Bewältigung seiner Aufgabe nicht notwendig sind.“¹⁴⁰ Wesentliche Bedeutung kommt dabei auch der Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht zu, da die Erben aufgrund der Stellung des Willensvollstreckers ansonsten keine Möglichkeit haben, diesen zu kontrollieren.

12.3 Sorgfalt in der Vermögensverwaltung im Speziellen

Ziel der Willensvollstreckung ist es, die Erbteilung vorzubereiten. Im Rahmen seiner Tätigkeit hat der Willensvollstrecker in der Zeit bis zur effektiven Erbteilung das vom Erblasser hinterlassene Vermögen ordnungsgemäss zu verwalten. Dabei hat er insbesondere die mit der Vermögensverwaltung zusammenhängenden Treue- und Sorgfaltspflichten zu beachten,

¹³⁵ FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 24

¹³⁶ BGE 115 II 65

¹³⁷ BSK-WEBER, Art. 398 OR, Rn 9 ff.; FELLMANN, Art. 398 ZGB, Rn 23 ff.

¹³⁸ HUGUENIN, S. 122

¹³⁹ FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 26

¹⁴⁰ HUX, S. 79

um nicht Gefahr zu laufen, schadenersatzpflichtig zu werden. Es fragt sich nun, was dies für den Willensvollstrecker genau bedeutet und welche Handlungen von ihm in diesem Zusammenhang verlangt werden.

12.3.1 Grundsätzliches

Der Willensvollstrecker handelt selbstständig und aus eigenem Recht heraus. Er vertritt weder den Erblasser noch die Erben. Trotzdem handelt es sich nicht um eine eigen-, sondern um eine fremdnützige Tätigkeit. Der Willensvollstrecker hat gemäss den Anweisungen des Erblassers sowie im Interesse der Erben und allfälliger weiterer am Nachlass berechtigter Personen zu handeln. Dies gilt es auch bei der Vermögensverwaltung zu beachten.¹⁴¹

Ausgangspunkt für die Verwaltungstätigkeit im Rahmen der Willensvollstreckung ist stets das vom Erblasser tatsächlich hinterlassene Vermögen, welches bereits eine bestimmte Struktur aufweist und häufig auf einer bewussten Planung, welche auf dessen Risikoprofil ausgerichtet ist, basiert.¹⁴² Diese Vermögensstruktur ist somit eine unabänderliche Vorgabe für den Willensvollstrecker. Der Erblasser hat die Möglichkeit, die Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers im Rahmen der letztwilligen Verfügung näher zu umschreiben¹⁴³ und ihm dabei beispielsweise auch Vorgaben betreffend die Vermögensverwaltung zu machen.¹⁴⁴ Der Willensvollstrecker hat den letzten Willen des Erblassers grundsätzlich zu berücksichtigen und umzusetzen.¹⁴⁵ Allerdings sollte er die Erben wann immer möglich in die Verwaltung des Nachlassvermögens einbeziehen. Er sollte folglich versuchen, mit ihnen eine Anlagestrategie als verbindliche Richtschnur für die Zeit der Erbteilung auszuarbeiten, welche sie einstimmig verabschieden.¹⁴⁶ Die Erben können dadurch in die Verantwortung mit eingebunden werden, was für den Willensvollstrecker eine Absicherung bedeutet.¹⁴⁷ Allerdings hat der Willensvollstrecker, auch wenn keine Einigung vorliegt, den Willen der Erben zu beachten, d.h. er hat Teilungswünsche (z.B. die Erhaltung bestimmter Vermögensgegenstände) zu respektieren.¹⁴⁸

Im Rahmen der Verwaltung des Nachlassvermögens hat der Willensvollstrecker stets die zeitliche Dimension im Auge zu behalten: Die Dauer der Vermögensverwaltung ist befristet

¹⁴¹ GEISER, S. 179

¹⁴² KÜNZLE, Anlagestrategie, S. 51

¹⁴³ ESCHER, Art. 518 ZGB, Rn 1; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 8; KÜNZLE, Anlagestrategie S. 52

¹⁴⁴ GEISER, S. 180; KÜNZLE, Anlagestrategie, S. 51

¹⁴⁵ GEISER, S. 180

¹⁴⁶ BREITSCHMID, Vermögensverwaltung, S. 233; KÜNZLE, Anlagestrategie, S. 53

¹⁴⁷ BREITSCHMID, Vermögensverwaltung, S. 233

¹⁴⁸ BGE 5P.440/2002; GEISER, S. 180; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 16

und endet mit der Erbteilung.¹⁴⁹ Trotzdem wäre es falsch, das ganze Vermögen nur auf das Ende der Aufgabe hin anzulegen, da einerseits durch den Willensvollstrecker genügend Liquidität zur Erfüllung seiner Aufgabe bereitstehen muss (z.B. zur Begleichung von Schulden, Ausrichtung von Vermächtnissen etc.), so dass die Versilberung gewisser Anlagen erforderlich ist, und andererseits ein etwas längerer Anlagehorizont sinnvoll sein kann, falls die Erben den Nachlass in natura, d.h. allfällige vorhandene Wertschriften, übernehmen wollen.¹⁵⁰ Des Weiteren muss der Willensvollstrecker darauf achten, dass die Erben mit dem Ende der Willensvollstreckung über die Vermögenswerte verfügen können. Die Anlagen dürfen folglich nicht über diesen Zeitpunkt hinaus fest gebunden sein.¹⁵¹

Stets hat der Willensvollstrecker bei seinem Handeln die mit der Vermögensverwaltung verbundenen Sorgfalts- und Treuepflichten zu beachten, um nicht Gefahr zu laufen, sich haftbar zu machen. Insbesondere wird im Rahmen der Vermögensverwaltung eine umfangreiche Aufklärungs- sowie eine Beratungs- und Warnpflicht gefordert.¹⁵² Der Willensvollstrecker muss dabei aufgrund der Grösse des Nachlasses und seinen Fähigkeiten abschätzen, ob er die Vermögensverwaltung selbst durchführen oder einem externen Vermögensverwalter überlassen will.¹⁵³ Verwaltet er das Nachlassvermögen selbst, ohne dass die notwendigen Fähigkeiten vorhanden sind, liegt im Schadensfall ein Übernahmeverschulden vor.

12.3.2 Konsequenzen für den Willensvollstrecker

Zu Beginn der Willensvollstreckung hat sich der Willensvollstrecker einen Überblick über das Nachlassvermögen zu verschaffen.¹⁵⁴ Sodann hat er die Anlagen zu prüfen und zu entscheiden, ob für die Dauer der Willensvollstreckung Veränderungen vorzunehmen sind.¹⁵⁵ Es ist dabei wie erwähnt empfehlenswert, dass er die Erben so schnell als möglich in die Vermögensverwaltung einbezieht, sie über die Nachlassstruktur vollumfänglich informiert und versucht, zusammen mit ihnen eine Anlagestrategie für die Dauer der Erbteilung festzulegen.¹⁵⁶

Wenn der Willensvollstrecker keine einstimmigen Vorgaben der Erben erhält und auch der Erblasser keine Regeln betreffend der Vermögensverwaltung letztwillig verfügt hat, stellt sich die Frage, ob und wie die Anlagestrategie des Erblassers angepasst werden muss, d.h.

¹⁴⁹ GEISER, S. 181; KÜNZLE, Anlagestrategie, S. 53

¹⁵⁰ DRUEY, S. 243, GEISER, S. 181, KÜNZLE Anlagestrategie, S. 53

¹⁵¹ GEISER, S. 181

¹⁵² BGE 115 II 65; 124 III 162; KÜNZLE, Festschrift, S. 457 ff.; ROBERTO, S. 40 ff.; ROSAT, S. 10 ff.

¹⁵³ KÜNZLE, Festschrift, S. 469

¹⁵⁴ KÜNZLE, Festschrift, S. 469

¹⁵⁵ GEISER, S. 182

¹⁵⁶ BREITSCHMID, Vermögensverwaltung, S. 233

insbesondere, ob der Willensvollstrecker eine eigene Strategie entwickeln muss oder ob er sich an derjenigen des Erblassers oder an derjenigen der Erben orientieren darf und muss.¹⁵⁷

Grundsätzlich hat der Willensvollstrecker in diesem Fall selber zu entscheiden, wie er das Vermögen verwalten will. Dabei fragt sich, an welchen Regeln er sich orientieren soll. Dem Willensvollstrecker steht diesbezüglich zwar ein grosser Ermessensspielraum zu, jedoch muss er seine Entscheide trotzdem nach sachlich vertretbaren Gesichtspunkten und mit Rücksicht auf die Interessen der Erben treffen.¹⁵⁸ In aller Regel kann der Willensvollstrecker in dieser Situation die bisherige Anlagestrategie des Erblassers weiterführen, da diese dessen Risikoverhalten widerspiegelt. Dies ist insbesondere auch dann sinnvoll, wenn davon auszugehen ist, dass die Erbteilung relativ rasch erfolgen kann.¹⁵⁹ Das Beibehalten der bisherigen Anlagestrategie bedeutet denn auch Kontinuität und Beachtung des Grundsatzes der schonenden Rechtsausübung.¹⁶⁰ Dies ist allerdings dann nicht die richtige Vorgehensweise, wenn der Erblasser seine Wertschriften selber aktiv bewirtschaftet hat, da in diesem Falle die Strategie nicht in der bisherigen Art weitergeführt werden kann.¹⁶¹ In diesem Fall gilt der Grundsatz, dass das Vermögen konservativ angelegt werden sollte, wobei aber keine Mündelsicherheit angestrebt werden muss.^{162, 163} Dabei hat sich der Willensvollstrecker grundsätzlich an den Äusserungen der Erben zu orientieren, falls diese bestimmte Wünsche mitgeteilt haben sowie unter Umständen an den Anlagevorschriften von Art. 49 ff. BVV2.^{164, 165}

Stets empfehlenswert ist es, im Rahmen der Vermögensverwaltung Absicherungsmassnahmen durchzuführen, da die Gefahr ansonsten gross ist, dass der Vorwurf laut wird, der Willensvollstrecker habe eine der vielen Sorgfalts- und Treuepflichten verletzt. Der Willensvollstrecker sollte daher stets versuchen, die Zustimmung der Erben für die geplanten Massnahmen einzuholen.¹⁶⁶

¹⁵⁷ KÜNZLE Anlagestrategie, S. 54

¹⁵⁸ KÜNZLE Anlagestrategie, S. 54

¹⁵⁹ KÜNZLE Praxis 08/09, S. 270

¹⁶⁰ BGE 5P.440/2002

¹⁶¹ GEISER, S. 182

¹⁶² KÜNZLE Festschrift, S. 469

¹⁶³ MÜNCHKOMM, § 2216, Rn 8: „Insbesondere steht es in seinem pflichtgemässen Ermessen, ob er Geld mündelsicher oder auf andere Weise anlegt (...). Auf jeden Fall darf bei der Anlage und Verwaltung weder der Gesichtspunkt der Substanzerhaltung noch der der Nutzbarmachung vernachlässigt werden.“

¹⁶⁴ Grundlage bildet Art. 71 Abs. 1 BVG: „Die Vorsorgeeinrichtungen verwalten ihr Vermögen so, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfs an flüssigen Mitteln gewährleistet ist.“

¹⁶⁵ Weitere Vergleichsmodelle vgl. KÜNZLE Anlagestrategie S. 56 ff.

¹⁶⁶ KÜNZLE, Festschrift, S. 470

12.3.3 Fazit

Für den Willensvollstrecker ist es somit unerlässlich, dass er betreffend die Verwaltung des Nachlassvermögens mit den Erben in Kontakt tritt und sie über die Vermögensstruktur vollumfänglich informiert sowie die weitere Vorgehensweise mit ihnen abspricht. Nur schon aus Gründen der Absicherung ist es empfehlenswert, dass entweder konkrete Verwaltungsinstruktionen der Erben oder zumindest die Zustimmung für geplante Massnahmen eingeholt werden. Des Weiteren sind explizit geäusserte Wünsche der Erben zu respektieren und entsprechend bei der Verwaltung des Nachlassvermögens zu berücksichtigen.

Aus der Umfrage ist ersichtlich, dass die Befragten üblicherweise die Anlagestrategie mit den Erben besprechen. Ob die Strategie schlussendlich angepasst wird, hängt von den konkreten Umständen ab. Insbesondere haben die Bedürfnisse der Erben, die Dauer der Willensvollstreckung und der Liquiditätsbedarf einen entscheidenden Einfluss auf die weitere Vorgehensweise im Rahmen der Vermögensverwaltung. Oftmals entspricht es auch dem Willen der Erben, dass die Anlagestrategie des Erblassers weitergeführt wird, da die Erbteilung ansonsten aufgrund der unterschiedlichen Interessen der Erben erheblich erschwert würde.

Im Zuge der Finanzkrise 2008 standen die Willensvollstrecker vor einer grossen Herausforderung, da Nachlassvermögen in dieser Zeit z.T. stark beeinflusst wurden. In wenigen Fällen haben die Erben versucht, den Willensvollstrecker für die Anlageverluste haftbar zu machen oder wollten sämtliche Wertschriften verkaufen. Mehrheitlich gaben die Befragten jedoch an, dass sich im Zusammenhang mit der Krise grundsätzlich keine besonderen Probleme ergaben. Wichtig war in dieser Zeit insbesondere die Transparenz gegenüber den Erben, wobei die Erfüllung der Auskunftspflicht einen besonderen Stellenwert innehielt.

12.4 Haftung des Willensvollstreckers

In der Praxis sind Haftpflichtansprüche gegen Willensvollstrecker eher selten. Dies zeigt sich an der spärlichen Anzahl von Gerichtsentscheiden.¹⁶⁷ Auch im Rahmen der Umfrage hat sich ergeben, dass die Befragten noch nie in ein Gerichtsverfahren verwickelt worden sind, bei denen ihnen mangelnde Sorgfalt bei der Abwicklung des Nachlasses vorgeworfen wurde.

¹⁶⁷ FUHRER, S. 108 ff.

Kam es trotzdem einmal zu Konflikten mit den Erben¹⁶⁸, konnten diese stets auf dem Wege der Einigung beseitigt werden.

Wie vorgehend aufgezeigt, ist der Willensvollstrecker den Erben gegenüber für die getreue und sorgfältige Ausführung seiner Tätigkeit verantwortlich, wobei die Bestimmungen des Auftragsrechts (Art. 97 ff. i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR) analog Anwendung finden. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf den Fall der positiven Vertragsverletzung. Auf die Haftung aufgrund von Nichterfüllung oder Verzug wird nicht eingegangen, da die Haftung aufgrund von Sorgfaltspflichtverletzungen im Rahmen der Willensvollstreckung im Vordergrund steht.

12.4.1 Positive Vertragsverletzung

Als positive Vertragsverletzung gilt nach h.L. die Schlechterfüllung sowie die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten. Der Schuldner kann somit den Gläubiger nicht nur dann schädigen, wenn er die geschuldete Leistung schlecht erbringt, sondern auch, wenn er allgemeine Verhaltenspflichten verletzt.¹⁶⁹

- Eine Schlechterfüllung liegt vor, wenn der Leistungsschuldner die Leistung zwar erbringt, jedoch nicht in der vertragsgemässen Qualität.¹⁷⁰ Dabei geht es um die Erfüllung der Hauptpflichten des Vertrages, d.h. jene Pflichten, die für ein Vertragsverhältnis charakteristisch sind.¹⁷¹ In Fällen, in denen keine Sachleistung, sondern wie beim Auftrag eine Arbeitsleistung oder ein sonstiges Verhalten (Dienstleistung) geschuldet ist, besteht die Pflichtverletzung i.d.R. in einem Sorgfaltsverstoss.¹⁷²
- Nebenpflichten sind sämtliche weiteren Pflichten, die aus dem Vertragsverhältnis entstehen, die jedoch keine Hauptpflichten sind. Sie können sich aus dem Gesetz, aus vertraglichen Vereinbarungen (ausdrücklich oder stillschweigend) oder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben.¹⁷³ Unterschieden wird zwischen sogenannten leistungsbegleitenden Pflichten, d.h. Pflichten die mit der vertragsgemässen Erbringung der Leistung in unmittelbarem Zusammenhang stehen, und Verhaltenspflichten, d.h. Pflichten, die v.a. den Zweck haben, die Integrität der Rechts- und

¹⁶⁸ z.B. ungenügende Information, Verzicht auf Rechtsmittel bei der Steuerveranlagung, einseitige Beratung zu Lebzeiten des Testators; überlange Dauer der Erbteilung.

¹⁶⁹ FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 329; HUGUENIN AT, S. 96; KREN KOSTKIEWICZ, Art. 97 OR, Rn 11; WIEGAND, Art. 97 OR, Rn 25 ff.

¹⁷⁰ HUGUENIN AT, S. 97; WIEGAND, Art. 97 OR, Rn 26

¹⁷¹ HUGUENIN AT, S. 9

¹⁷² WIEGAND, Art. 97 OR, Rn 31

¹⁷³ BGE 115 II 65; HUGUENIN AT, S. 9

Vermögenssphäre des Vertragspartners zu schützen (z.B. Schutz- und Obhutspflichten).¹⁷⁴

Der Unterschied dieser beider Kategorien besteht darin, dass Nebenleistungspflichten selbstständig einklagbar sind, während Verhaltenspflichten dies nicht sind, was dazu führt, dass lediglich Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden können und nicht die gehörige Erfüllung verlangt werden kann.¹⁷⁵ Welcher Kategorie eine Nebenpflicht zuzuordnen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Eine Aufklärungspflicht kann z.B. sowohl eine Nebenleistungspflicht als auch eine reine Verhaltenspflicht sein.¹⁷⁶ Die Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 OR ist beispielsweise eine Nebenleistungspflicht und somit selbstständig einklagbar.¹⁷⁷

Somit kann sowohl Schlechterfüllung als auch die Verletzung einer Nebenpflicht durch den Willensvollstrecker zu Schadenersatzansprüchen der Erben gestützt auf Art. 97 ff. i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR führen.¹⁷⁸ Beim Beauftragten und somit auch beim Willensvollstrecker steht dabei die nichtgehörige Erfüllung durch unsorgfältiges Verhalten im Vordergrund. Art. 398 Abs. 2 OR richtet die Haftung des Beauftragten demzufolge v.a. auf das Entstehen für getreue und sorgfältige Ausführung der übertragenen Aufgaben.¹⁷⁹

12.4.2 Haftungsvoraussetzungen

Fordert der Auftraggeber vom Beauftragten bzw. die Erben vom Willensvollstrecker Schadenersatz, ist zu beweisen, dass der „Vertrag“ verletzt wurde, daraus ein Schaden erwachsen ist und dass zwischen Vertragsverletzung und Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang besteht.¹⁸⁰ Das Verschulden wird hingegen gemäss Art. 97 Abs. 1 OR vermutet, wobei der Beauftragte sich durch Nachweis des fehlenden Verschuldens von der Haftung befreien kann (sog. Exkulpation).¹⁸¹

- Als Schaden gilt nach der Differenzhypothese jede unfreiwillige Vermögensverminderung, die in einer Abnahme der Aktiven, einer Zunahme der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann und zeigt sich damit in der Differenz zwischen

¹⁷⁴ WIEGAND, Art. 97 OR, Rn 32 ff.

¹⁷⁵ HUGUENIN AT, S. 97

¹⁷⁶ WIEGAND, Art. 97 OR, Rn 32

¹⁷⁷ HUGUENIN AT, S. 9

¹⁷⁸ a.M. FUHRER, S. 121 ff.; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 109; SCHRÖDER, S. 12 ff: vertreten die Ansicht, dass Schadenersatzansprüche aus der Verletzung von Schutzpflichten nicht Gegenstand der Vertrags-, sondern der Vertrauenshaftung sind.

¹⁷⁹ HOFSTETTER, S. 39; FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 330

¹⁸⁰ FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 332 ff.; FUHRER, S. 129; HOFSTETTER, S. 122 ff.; HUGUENIN, S. 125; KÜNZLE, S. 337

¹⁸¹ HOFSTETTER, S. 123; FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 332

dem tatsächlichen Stand des Vermögens und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.¹⁸² Die Kläger haben dabei den Schaden zu beweisen, d.h. die am Nachlass berechtigten Personen müssen darlegen, dass z.B. zu Unrecht Vermächtnisse ausgerichtet worden sind oder dass durch eine unsorgfältige Vermögensverwaltung das Nachlassvermögen geschmälert wurde.¹⁸³

- Die Vertragsverletzung besteht im Rahmen des Auftrags bzw. der Willensvollstreckung wie erwähnt primär in der nichtgehörigen Erfüllung durch unsorgfältiges Verhalten. Im Rahmen der Willensvollstreckung zeigen sich die Hauptgründe für einen Haftungsfall z.B. bei unsorgfältiger Verwaltungstätigkeit (beispielsweise bei Vermögensanlagen), unkorrekten Verfügungshandlungen über Nachlassaktiven, ungenügender Administration, Interessenkollisionen, fehlerhafter Auslegung des Testaments, Verstössen gegen Teilungsregeln etc.¹⁸⁴ Eine Pflichtverletzung muss dabei aus der Sicht aller Erben beurteilt werden. Wenn der Willensvollstrecker den Wünschen einzelner Erben nicht nachkommt, muss dies noch keine Pflichtverletzung darstellen. Insbesondere wenn die Interessen der Erben auseinander gehen, ist dem Willensvollstrecker bei der Abwägung aller Interessen ein grosses Ermessen einzuräumen.¹⁸⁵

Die Schwierigkeit liegt darin, dass die Kläger die Sorgfaltspflichtverletzung nachzuweisen haben und somit darlegen müssen, dass ein Verstoss gegen die zu erwartende und für den entsprechenden Fall konkretisierte Sorgfalt vorliegt.¹⁸⁶

- Der Beauftragte bzw. der Willensvollstrecker wird nur dann schadenersatzpflichtig, wenn der Schaden im Zusammenhang mit der Vertragsverletzung entsteht, d.h. wenn die Vertragsverletzung „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint“.¹⁸⁷
- Das Verschulden wird gemäss Art. 97 Abs. 1 OR vermutet. Allerdings besteht die Möglichkeit einer Haftungsbefreiung durch Exkulpationsbeweis. Es handelt sich daher um eine Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast.¹⁸⁸ Verschulden heisst, absichtlich oder fahrlässig durch unsorgfältige Geschäftsführung das Eintref-

¹⁸² BGE 120 II 298; 116 II 444; FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 333; HUGUENIN AT, S. 99

¹⁸³ KÜNZLE, S. 338

¹⁸⁴ FUHRER, S. 111 ff.; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 112; KÜNZLE, S. 337

¹⁸⁵ KÜNZLE, S. 337

¹⁸⁶ KÜNZLE, S. 337; WIEGAND, Art. 97 OR, Rn 36

¹⁸⁷ BGE 123 III 112

¹⁸⁸ FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 332; HUGUENIN AT, S. 102

fen des verlangten Erfolges verhindern.¹⁸⁹ Der Willensvollstrecker muss sich folglich exkulpieren, wenn er der Haftung entgehen will und muss somit darlegen, dass sein Vorgehen im konkreten Fall richtig war und dass er mit der zu erwartenden Sorgfalt gehandelt hat. Der Massstab bestimmt sich dabei nach Art. 398 OR, wobei sowohl objektive Kriterien als auch das subjektive Sorgfaltsvermögen des Geschäftsbesorgers zu berücksichtigen sind.¹⁹⁰

Aus den Haftungsvoraussetzungen geht hervor, dass die Sorgfalt im Auftragsrecht sowohl im Rahmen der Vertragsverletzung als auch im Rahmen des Verschuldens eine Rolle spielt. Die Unsorgfalt wird also zweimal objektiv an einem typisierten Verhalten gemessen (sog. unsorgfältige Unsorgfalt). Dabei ist jeweils ein fachspezifisches Durchschnittsverhalten massgebend. Angesichts dieser Doppelnatur drängt sich eine Differenzierung auf: Ein Teil der Lehre begründet die Abgrenzung zwischen Vertragswidrigkeit und Fahrlässigkeit anhand eines doppelten Massstabs. Dabei wird bei der Vertragsverletzung ein Höchstmass an Sorgfalt gefordert, während auf der Stufe des Verschuldens das erforderliche Können auf ein Standardmass (erforderliche Sorgfalt eines Durchschnittsmenschen) herabgesetzt wird. Problematisch ist hierbei, dass die Vertragswidrigkeit an einem Höchstmass an Sorgfalt gemessen wird und keine Rücksicht auf das Durchschnittsmass der menschlichen Leistungsfähigkeit genommen wird. Nach anderer Ansicht sind Vertragswidrigkeit und Fahrlässigkeit an unterschiedlichen Kriterien zu messen (sog. Abgrenzungstheorie). Die Vertragswidrigkeit soll dabei fachspezifisch und die Fahrlässigkeit situationsspezifisch beurteilt werden. Nach einer dritten Ansicht fallen bei einer Verletzung von Dienstleistungspflichten die Vertragswidrigkeit und die Fahrlässigkeit zusammen.¹⁹¹ M.E. ist hierbei der zweiten Meinung zu folgen, da im Rahmen der Abgrenzungstheorie die fachspezifischen Kenntnisse des Beauftragten, die vom Auftraggeber erwartet werden können, berücksichtigt werden. Zudem werden aber im Rahmen des Verschuldens auch die konkreten Umstände im Einzelfall beachtet, d.h. es wird eruiert, ob das fachwidrige Verhalten dem Leistungsschuldner in der konkreten Situation vorgeworfen werden kann. Insbesondere auch im Rahmen der Willensvollstreckung kann durch diese unterschiedlichen Kriterien m.E. am Besten beurteilt werden, ob das Verhalten des Willensvollstreckers haftungsbegründend ist oder nicht, da einerseits auf die zu erwartenden Fachkenntnisse eingegangen wird und somit auch berücksichtigt wird, wer die Willensvollstreckung durchführt (Erbe, Anwalt, Bank), andererseits aber auch die konkreten Umstände nicht ausser Acht gelassen werden.

¹⁸⁹ HUX, S. 80

¹⁹⁰ HUX, S. 81; KÜNZLE, S. 339

¹⁹¹ vgl. dazu detaillierter: GRIEDER, S. 959 ff. und MÜLLER-CHEN, S. 510 ff.

Sind sämtliche Haftungsvoraussetzungen erfüllt, ist das positive Vertragsinteresse (Erfüllungsinteresse) zu ersetzen. Die Erben sind so zu stellen, wie wenn der Vertrag korrekt erfüllt worden wäre¹⁹² bzw. die Willensvollstreckung sorgfaltsgemäss durchgeführt worden wäre. Mehrere Willensvollstrecker haften dabei in Analogie zu Art. 403 Abs. 1 OR solidarisch, sofern ihnen durch den Erblasser keine spezifischen Kompetenzen zugeteilt worden sind, da sie in diesem Fall nur gemeinsam, d.h. mit einstimmigen Beschlüssen, über die Erbschaft verfügen und die Erben verpflichten können (vgl. Ziff. 4.1).¹⁹³

Zur Klage legitimiert (Aktivlegitimation) sind die vom Erblasser begünstigten Personen. In erster Linie sind dies die Erben. Allerdings können auch Vermächtnisnehmer aktivlegitimiert sein, sofern es um die Ausrichtung von Vermächtnissen geht.¹⁹⁴

12.4.3 Massnahmen zur Vermeidung der Haftung

Wenn der Willensvollstrecker befürchtet, dass sein Handeln zu einer Haftung führen könnte, stehen ihm verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, mit denen er die Haftung vermindern oder vermeiden kann. Er kann sich beispielsweise jederzeit überlegen, ob er von der ihm zugesprochenen Aufgabe zurücktreten soll. In diesem Fall hat er nur Schadenersatz bei einem Rücktritt zur Unzeit zu befürchten (vgl. nachfolgend Ziff. 15.2.2.). Allerdings würde dieses Vorgehen in vielen Fällen zu weit führen, da er auch die Möglichkeit hat, seine Handlungen abzusichern, indem er die Zustimmung der Erben einholt. Wenn die Erben das Vorgehen des Willensvollstreckers genehmigen, haben sie keine Möglichkeit mehr, gegen die Handlungen vorzugehen, es sei denn, er handle unsorgfältig.¹⁹⁵

13. Substitution (OR 398 III und OR 399)

13.1 Grundsatz

Der Beauftragte hat den Auftrag gemäss Art. 398 Abs. 3 OR grundsätzlich persönlich zu erfüllen. Die persönliche Erfüllung basiert auf dem zwischen den Beteiligten bestehenden Vertrauensverhältnis und gilt für den Willensvollstrecker genauso wie für den Beauftragten.¹⁹⁶

¹⁹² BSK-WEBER, Art. 398 OR, Rn 30; HUGUENIN AT, S. 103

¹⁹³ ESCHER, Art. 518 ZGB, Rn 40; HUX, S. 110 ff.; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 94; KÜNZLE, S. 138; WETZEL, S. 43

¹⁹⁴ BGE 101 II 52; DERRER, S. 104; HUX, S. 78; KARRER, Art. 518 ZGB; KÜNZLE, S. 335

¹⁹⁵ BGE 101 II 53; ESCHER, Art. 518 ZGB, Rn 14; KÜNZLE, S. 346 ff.

¹⁹⁶ CHRIST, Art. 518 ZGB, Rn 13; HUX, S. 87; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 15

Eine (auch teilweise) Übertragung des Auftrags (Substitution) an selbstständige Dritte ist grundsätzlich unzulässig, nicht hingegen der Beizug von Erfüllungsgehilfen, welche unter Anleitung und Aufsicht des Beauftragten arbeiten, d.h. in die „Erfüllungsorganisation“ des Beauftragten integriert sind und untergeordnete Tätigkeiten erledigen.¹⁹⁷ Dies ergibt sich aus dem Vertrauenscharakter, welcher den meisten Auftragsverhältnissen zukommt, da es i.d.R. bei der Ausführung des Auftrages auf die Persönlichkeit des Beauftragten ankommt.¹⁹⁸ Das Gesetz bestimmt jedoch auch Ausnahmen vom Grundsatz der persönlichen Leistungspflicht. Demnach darf der Beauftragte den Auftrag an einen Dritten übertragen, wenn er „zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird“.¹⁹⁹ Als „übungsgemäss zulässig“ gilt, was allgemein unter ähnlichen Verhältnissen gepflegt wird und daher im geschäftlichen Verkehr nach der Übung erlaubt ist.²⁰⁰ „Übungsgemäss zulässig“ ist die Übertragung der Geschäftsbesorgung insbesondere auch dann, wenn der Auftraggeber von Anfang an weiss, dass der Erstbeauftragte zur persönlichen Erfüllung ausserstande ist.²⁰¹ Üblich ist des Weiteren der Beizug von Spezialisten.²⁰² „Genötigt sein“ bedeutet u.a., dass es dem Gebot der Sorgfalt entspricht, einen Substituten beispielsweise wegen Krankheit oder Abwesenheit beizuziehen. Es sind dies Fälle, in denen der Beauftragte substituieren muss, auch wenn die Substitution weder vereinbart noch üblich wäre.²⁰³

Analog zu Art. 398 Abs. 3 OR kann und muss auch der Willensvollstrecker bei Bedarf Hilfspersonen beiziehen, solange der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt hat.²⁰⁴ Dies gilt einerseits für Routinearbeiten, für welche der Willensvollstrecker Dritte (Sekretärin, Buchhalter etc.) beizieht (Erfüllungsgehilfen), andererseits aber insbesondere auch für Fachleute mit Spezialkenntnissen (Substituten), die mit Aufgaben betraut werden, welche vom Willensvollstrecker mangels Fachkenntnissen nicht selbst bewältigt werden können. Wie erwähnt fordert die Sorgfaltspflicht sogar, dass er Aufgaben auslagert, denen er sich nicht gewachsen fühlt.²⁰⁵ Ansonsten würde ein Übernahmeverschulden seitens des Willensvollstreckers vorliegen, falls den Erben dadurch ein Schaden entsteht. Allerdings ist im Rahmen der Willensvollstreckung, aufgrund der Wichtigkeit des Vertrauens, die Zulässigkeit der Substitution eher eng zu fassen. Eine Substitution kommt grundsätzlich nur dann in Fra-

¹⁹⁷ BSK-WEBER, Art. 398 OR, Rn 3; HOFSTETTER, S. 94; FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 529 ff.

¹⁹⁸ FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 527

¹⁹⁹ Art. 398 Abs. 3 OR

²⁰⁰ FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 579 ff.

²⁰¹ BGE 121 III 310; FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 580

²⁰² FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 581

²⁰³ BGE 115 II 62; BSK-WEBER, Art. 398 OR, Rn 5; FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 585

²⁰⁴ HUX, S. 87; JUCHLER, S. 55; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 15;

²⁰⁵ HUX, S. 88

ge, wenn der Willensvollstrecker aus objektiven Gründen durch die Umstände dazu genötigt ist (z.B. wegen ungenügender Fachkenntnis, Krankheit etc.).²⁰⁶ Um das Haftungsrisiko zu minimieren ist es daher immer sinnvoll die Zustimmung der Erben einzuholen, wenn gewisse Aufgaben substituiert werden sollen (vgl. nachfolgend Ziff. 13.2.2).

Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Willensvollstrecker auch ermächtigt ist, die gesamte Willensvollstreckerfunktion zu substituieren, d.h. die Gesamtführung an einen Dritten zu übertragen oder diese sogar vollständig abzutreten und selbst einen Nachfolger zu ernennen.

Die vollständige Abtretung der Willensvollstreckerfunktion und somit die Ernennung eines Nachfolgers, ist ohne Zweifel unzulässig: Bereits die strengen Vorschriften, die bei der Ernennung des Willensvollstreckers zu beachten sind, verbieten es dem Erblasser, die Willensvollstreckung zwar anzuordnen, die Bezeichnung der Person jedoch einem Dritten zu überlassen. Somit kann der Erblasser auch nicht den Willensvollstrecker ermächtigen, einem Dritten den Willensvollstreckerstatus zu übertragen. Dies würde der höchstpersönlichen Natur der Testamentsabfassung widersprechen.²⁰⁷ Aber auch die Substitution der Gesamtführung, kann nicht als Übungsgemäss zulässig erachtet werden.²⁰⁸ Im Hinblick auf die Vertrauensstellung des Willensvollstreckers käme eine Substitution der Gesamtführung nur dann in Frage, wenn er durch die Umstände (beispielsweise wegen ungenügender Fachkenntnisse, Krankheit, Abwesenheit) dazu genötigt würde.^{209, 210} Die grundsätzliche Unzulässigkeit geht auch aus der in 398 Abs. 3 OR aufgestellten Vermutung der persönlichen Leistungspflicht hervor. Aufgrund dieser Vermutung hätte der Willensvollstrecker zu beweisen, dass er be-

²⁰⁶ KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 15

²⁰⁷ HUX, S. 88; JUCHLER, S. 50; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 15

²⁰⁸ HUX, S. 88; JUCHLER, S. 56; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 15

²⁰⁹ KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 15; **a.M.:** GIGER, S. 135 ff.: Nach Ansicht von GIGER muss die Substitution der Gesamtführung möglich sein, insbesondere da es sich nicht um eine „generelle Substitution“ handelt, sondern der Willensvollstrecker mit einer Restverantwortung verbleibt, d.h. Haftung sich auf die cura in eligendo und instruendo reduziert (Art. 398 Abs. 3 i.V.m. Art. 399 Abs. 2 OR). Die cura in custodiendo hingegen entfällt. Des Weiteren sollte seiner Meinung nach aber auch die Abtretung des Willensvollstreckerstatus möglich sein, da sich aus dem Vertrauensverhältnis zwischen Erblasser und Willensvollstrecker ergäbe, dass mit dem Status des Letzteren nicht nur die typischen Willensvollstreckerfunktionen, sondern ebenso die zur Sicherung einer ordnungsgemässen und problemlosen Abwicklung des Nachlasses erforderlichen Delegations- und Übertragungsbefugnisse verbunden sind.

²¹⁰ MÜNCHKOMM § 2218, Rn 5 mit Bezugnahme auf § 664: im deutschen Recht ist gesetzlich festgehalten, dass das Amt des Testamentsvollstreckers als solches nicht auf einen anderen übertragen werden kann, auch nicht mit Zustimmung der Erben. Das Übertragungsverbot gilt dabei „im Grundsatz für die ganze oder teilweise Übertragung der Ausführung der Testamentsvollstreckeraufgaben an einen Dritten zu dessen eigener Verantwortung“. Für eine Substitution ist das Einverständnis des Erblassers erforderlich, das sich aber „aus den Umständen und aus dem Gebot der ordnungsgemässen Verwaltung ergeben kann und in Bezug auf die Substitution von Einzelaufgaben häufig anzunehmen ist“.

Gehilfen zu seiner Unterstützung darf der Testamentsvollstrecker in den Grenzen der ordnungsgemässen Verwaltung hingegen immer zuziehen.

rechtigt war, die Ausführung der Willensvollstreckung an einen Substituten zu übertragen bzw. er hätte darzulegen, dass er zur Übertragung ermächtigt wurde.²¹¹

Dieser Auffassung ist m.E. zu folgen. Der Erblasser ernennt in der Regel eine Vertrauensperson bzw. eine Organisation der er vertraut als seinen Willensvollstrecker. Es kann nicht angehen, dass diese Person die Gesamtführung einfach weitergibt, ohne Kenntnis darüber, ob der Erblasser dem „neuen“ Willensvollstrecker das gleiche Vertrauen entgegenbringen würde. Der Erblasser hat die Möglichkeit, mehrere Willensvollstrecker zu ernennen, so dass der erstgenannte Willensvollstrecker die Mandatsführung ablehnen oder vom Mandat zurücktreten und die zuständige Behörde in der Folge den Ersatzwillensvollstrecker anfragen kann. Macht der Erblasser von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, heisst dies m.E., dass er keine weitere Vertrauensperson hat, die er mit der Teilung seines Nachlasses betrauen möchte. Somit kann es auch nicht zulässig sein, dass der Willensvollstrecker diese Funktion eigenmächtig weitergibt, sei dies nun durch Substitution der Gesamtführung oder durch vollständige Abtretung des Mandates.

Aus der Umfrage ergibt sich, dass die Substitution von einzelnen Aufgaben (z.B. Liegenschaftsbewertungen, Schätzungen von sonstigen Nachlasswerten, Erstellung der Steuererklärung, Vermögensverwaltung, Räumungen und Entsorgungen, Buchhaltung etc.) und somit der Beizug von Spezialisten, im Rahmen von Willensvollstreckungen üblich ist. Dies hat bis anhin auch mehrheitlich zu keinen Problemen mit den Erben geführt. Empfehlenswert ist es, die Substitution vorgängig mit den Erben abzusprechen bzw. sie darauf hinzuweisen, dass gewisse Aufgaben nicht durch den Willensvollstrecker erledigt werden.

Die Meinungen der Befragten betreffend die Zulässigkeit der vollständigen Substitution der Mandatsführung gehen auseinander: Überwiegend wird die vollständige Substitution als unzulässig erachtet, mit der Argumentation, dass dies der Höchstpersönlichkeit entgegensteht. Befürworter der vollständigen Substitution der Mandatsführung argumentieren demgegenüber, dass der Willensvollstrecker im Falle der Substitution der Mandatsführung trotzdem in der Verantwortung bleibt und sie aus diesem Grund zulässig sei.²¹² Trotz dieser Ansicht wird aber die Mandatsführung auch von diesen Anbietern mehrheitlich nicht vollständig substituiert.

²¹¹ FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 587

²¹² Ein befragter Willensvollstrecker bezieht sich dabei auf BGE 112 II 353 i.V.m. 107 II 245.

13.2 Haftung beim Beizug von Drittpersonen

13.2.1 Erlaubter Beizug von Drittpersonen (OR 399 II)

Gemäss Art. 399 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte, der zur Übertragung gewisser Aufgaben an einen Substituten befugt war, nur noch für die Sorgfalt bei der Auswahl (*cura in eligendo*) und Instruktion (*cura in instruendo*) des Dritten. Die Haftung für das Handeln des Dritten jedoch bzw. die Überwachung des Handelns (*cura in custodiendo*) entfällt. Dies gilt in jenen Fällen, in denen die Substitution mit Willen oder jedenfalls im Interesse des Auftraggebers erfolgt.²¹³ Zwischen dem Beauftragten und dem Substituten entsteht wiederum ein Auftragsverhältnis, ein sogenannter Unterauftrag. Der Dritte ist dabei für den Gegenstand des Unterauftrags die sachkundige Partei und arbeitet in Unabhängigkeit und Selbstständigkeit.²¹⁴

Zieht der Beauftragte den Dritten jedoch vorwiegend im eigenen Interesse bei (z.B. um die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu vergrössern), entfällt das Haftungsprivileg gemäss Art. 399 Abs. 2 OR und der Beauftragte haftet nach der Regel von Art. 101 Abs. 1 OR wie beim Beizug von Erfüllungsgehilfen.²¹⁵ Dabei werden die Handlungen des Gehilfen dem Beauftragten angerechnet, d.h. er haftet unter der Voraussetzung des hypothetischen Verschuldens, wie wenn er selbst gehandelt hätte.²¹⁶

Für die Haftung des Willensvollstreckers aus dem Beizug von Erfüllungsgehilfen und Substituten gelten analog die Bestimmungen von Art. 398 Abs. 3 und Art. 399 OR. Der Willensvollstrecker, der zur Erledigung von Routinearbeiten befugterweise Erfüllungsgehilfen beizieht, haftet somit wie ein Beauftragter nach den Haftungsregeln von Art. 101 Abs. 1 OR. Beauftragt der Willensvollstrecker im Interesse der Erben eine Fachperson, haftet er folglich auch wie der Beauftragte nach Art. 399 Abs. 2 OR für die gehörige Sorgfalt bei der Auswahl und Instruktion.²¹⁷ Gleiches gilt, wenn die Willensvollstreckung einer juristischen Person übertragen wird. Auch sie haftet für die Handlungen ihrer Angestellten nach Art. 101 Abs. 1 OR bzw. für Aufgaben, die an selbstständige Dritte übertragen werden, nach Art. 399 Abs. 2 OR.²¹⁸

²¹³ GUHL, S. 551; HOFSTETTER, S. 97; BSK-WEBER, Art. 399 OR, Rn 2

²¹⁴ FELLMANN, Art. 398 OR, Rn 592; HOFSTETTER, S. 97

²¹⁵ BGE 4C.313/2004; 107 II 245; 112 II 347; GUHL, S. 551; HOFSTETTER, S. 96 ff.; HUX, S. 92 ff.

²¹⁶ HUGUENIN, S. 120

²¹⁷ HUX, S. 93; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 112

²¹⁸ HUX, S. 94

13.2.2 Unerlaubter Beizug von Drittpersonen (OR 399 I)

Beim unerlaubten Beizug eines Substituten haftet der Beauftragte gemäss Art. 399 Abs. 1 OR für dessen Handlungen, „wie wenn es seine eigenen wären“. Die Bedeutung dieser Bestimmung ist in der Lehre umstritten.²¹⁹ Am Wortlaut wird insbesondere kritisiert, dass beim unbefugten Beizug Dritter die Haftung jener für die erlaubte Verwendung von Hilfspersonen gemäss Art. 101 Abs. 1 OR gleichkommt.²²⁰ Dem wird in der Lehre dadurch Rechnung getragen, dass dem Beauftragten jede Exkulpation nach Art. 97 OR verweigert wird und Art. 399 Abs. 1 OR somit eine milde Kausalhaftung begründet.²²¹

Da bei Willensvollstreckungen das Vertrauenselement eine wichtige Rolle spielt, sind an die persönliche Erfüllungspflicht und demzufolge an die Zulässigkeit des Beizugs von Drittpersonen grössere Anforderungen zu stellen als in anderen Auftragsverhältnissen (vgl. Ziff. 13.1.).

13.3 Direktanspruch (OR 399 III)

Art. 399 Abs. 3 OR verleiht dem Auftraggeber die Möglichkeit, einen allfälligen Haftungsanspruch direkt gegen den befugter- oder unbefugterweise beigezogenen Substituten geltend zu machen. Diese Regelung stellt einen gewissen Ausgleich zum Haftungsprivileg des Beauftragten im Fall der befugten Substitution (Art. 399 Abs. 2 OR) dar. Dabei begründet diese Bestimmung nur einseitig zugunsten des Hauptauftraggebers ein direktes Forderungsrecht. Dem Substituten stehen demzufolge keine entsprechenden Ansprüche zu.²²²

Wie dem Beauftragen steht auch den Erben ein direktes Forderungsrecht gegen vom Willensvollstrecker beigezogene Substituten zu. Da sowohl die Handlungen des Willensvollstreckers als auch jene der Substituten den Erben gegenüber wirksam sind und der Willensvollstrecker kein eigenes vermögensrechtliches Interesse an den ihm gegenüber dem Dritten zustehenden Ansprüchen hat – es sei denn, er hat einen Schaden, der den Erben durch den Substituten entstanden ist, ersetzt –, müssen die Erben eine Möglichkeit haben, direkt an den Substituten zu gelangen, um ihre Ansprüche geltend zu machen.²²³

²¹⁹ dazu FELLMANN, Art. 399 OR, Rn 10 ff. m.w.H.

²²⁰ HOFSTETTER, S. 95

²²¹ BÜHLER, Art. 399 OR, Rn 1; BSK-WEBER, Art. 399 OR, Rn5; FELLMANN, Art. 399 OR, Rn 10 ff.; HOFSTETTER, S. 95; HUGUENIN, S. 120, HUX, S. 91

²²² FELLMANN, Art 399 OR, Rn 92 ff.

²²³ HUX, S. 95

14. Rechenschaftsablegung (OR 400 I)

14.1 Rechenschafts- und Auskunftspflicht

14.1.1 Allgemeines

Der Beauftragte verpflichtet sich mit dem Auftrag zur Besorgung der Geschäfte im Interesse und nach dem Willen des Auftraggebers. Die Folge hiervon ist, dass der Beauftragte auf Verlangen jederzeit Rechenschaft ablegen muss. Dies ist insbesondere deshalb erforderlich, weil der Auftraggeber oft nicht in der Lage ist, den Stand des Geschäfts zu beurteilen. Nur wenn er informiert ist, hat er Klarheit darüber, ob der Beauftragte die Geschäfte vertragsgemäss erfüllt und hat so die Möglichkeit, sich allenfalls veränderten Verhältnissen anpassen zu können.²²⁴ Der Pflicht zur Rechenschaftsablegung liegt die Regel zugrunde, dass jedermann, der fremde Angelegenheiten besorgt, auskunfts- und rechenschaftspflichtig ist. Die Rechenschafts- und Auskunftspflicht ist demnach auch in anderen Bereichen vorgesehen, in denen es um die Wahrung fremder Interessen geht.²²⁵ Somit handelt es sich um einen Grundsatz, der für das gesamte schweizerische Geschäftsführungsrecht gilt.²²⁶

Die Rechenschaftsablegung als Nebenpflicht des Beauftragten, fliesst aus der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht (vgl. Ziff. 12.2) und umfasst „alle Informationen, die für die Rechtsstellung und die Rechtsausübung, namentlich die Geltendmachung des Weisungs- und Widerrufrechts sowie des Rechtes auf Schadenersatz, von Belang sind“.²²⁷ Der Beauftragte hat den Auftraggeber dabei über alles zu informieren, was für ihn von Bedeutung sein könnte.²²⁸ Die Information hat rechtzeitig, wahrheitsgetreu und vollständig zu erfolgen und muss hinreichend ausführlich und verständlich sein.²²⁹ Zu unterscheiden sind ihrem Umfang nach die Pflicht zur blossen Auskunftserteilung und die eigentliche Rechenschaftspflicht.²³⁰

Die Pflicht zur Auskunftserteilung umfasst die Erteilung sämtlicher, im Zusammenhang mit dem Auftrag vom Auftraggeber geforderten Einzelauskünfte, auch wenn der Beauftragte diese für belanglos hält.²³¹ Inhalt und Grenzen der Auskunftspflicht bestimmen sich dabei

²²⁴ BGE 110 II 181; BÜHLER, Art. 400 OR, Rn 1 ff.; FELLMANN, Art. 400 OR, Rn 14; HOFSTETTER, S. 115 ff.; HUX, S. 96

²²⁵ z.B. Gesellschaftsrecht (Art. 541 Abs. 1 OR) und Vormundschaftsrecht (Art. 413 und 451 ff. ZGB)

²²⁶ FELLMANN, Art. 400 OR, Rn 13; HUX, S. 98, SCHRÖDER, S. 164

²²⁷ FELLMANN, Art. 400 OR, Rn 19; HOFSTETTER, S. 115

²²⁸ BGE 115 II 65, 110 II 181; FELLMANN, Art. 400 OR, Rn 19; WEBER, S. 91

²²⁹ BGE 110 II 82; BSK-WEBER, Art. 400 OR, Rn 4; HOFSTETTER, S. 116, FELLMANN, Art. 400 OR, Rn 20

²³⁰ FELLMANN, Art. 400 Rn 22 ff.

²³¹ BSK-WEBER, Art. 400 OR, Rn 2; FELLMANN, Art. 400 OR, Rn 23

nach dem Verlangen des Auftraggebers, wobei die Natur des Auftrages sowie der Grundsatz von Treu und Glauben berücksichtigt werden müssen. Der Umfang bestimmt sich damit nach dem Begehren des Auftraggebers.²³² Wenn dieser nicht gezielt Auskunft verlangt, bestimmt sich der Umfang aus der Sicht eines sorgfältigen Beauftragten.²³³

Im Rahmen der Rechenschaftsablegung hat der Beauftragte dem Auftraggeber über den gesamten Ablauf und die Ergebnisse seiner Tätigkeit mittels schriftlichen Rechenschaftsberichten einen Überblick zu verschaffen, d.h. die Rechenschaftspflicht beinhaltet mehr als die blossе Auskunftserteilung.²³⁴ Der Bericht muss alle Angaben enthalten, die nötig sind, um zu überprüfen, ob die Geschäfte sorgfältig und getreu ausgeführt wurden. Dazu gehören u.a. auch die Vorlage von Belegen sowie die geordnete Zusammenstellung über Einnahmen und Ausgaben (sog. Rechnungslegung).²³⁵ Die Rechenschaftspflicht wird grundsätzlich nach Ausführung des Auftrages aktuell, allerdings kann auch im Verlaufe der Ausführung ein Zwischenbericht verlangt werden.²³⁶ Der Auftrag ist erst nach erfüllter Rechenschaftsablegung abgeschlossen.²³⁷

14.1.2 Rechenschafts- und Auskunftspflicht des Willensvollstreckers

Auch der Willensvollstrecker unterliegt der Pflicht zur Rechenschaftsablegung. Dies ist essentiell, da der Willensvollstrecker durch die selbstständige und eigenrechtliche Stellung eine noch stärkere Position einnimmt als der Beauftragte. Die Erben vermögen aus diesem Grund den Willensvollstrecker noch weniger zu kontrollieren, als der Auftraggeber den Beauftragten. Dies insbesondere auch, da er von ihnen keine Weisungen entgegennehmen muss. Die Auskunftspflicht stützt sich einerseits auf Art. 518 i.V.m. Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB und andererseits auf Art. 400 OR.²³⁸

Im Wesentlichen dient die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht dazu, den Berechtigten die Kontrolle der ordnungsgemässen Nachlassabwicklung und die Bestimmung des Herausgabeanspruchs zu ermöglichen sowie eine allfällige Haftung des Willensvollstreckers festzustellen. Der Umfang der geschuldeten Informationen ist weit zu fassen. Der Willensvollstrecker hat über alle von ihm beabsichtigten und die Interessen der Berechtigten berührenden Handlungen zu informieren.²³⁹ Nur so haben die Erben die Möglichkeit, bei Handlungen, die nicht

²³² BSK-WEBER, Art. 400 OR, Rn 2 ff.; FELLMANN, Art. 400 OR, Rn 25; ROSAT, S. 17

²³³ HOFSTETTER, S. 116

²³⁴ BSK-WEBER, Art. 400 OR, Rn 7 ff.; FELLMANN, Art. 400 OR, Rn 27 ff.; HOFSTETTER, S. 118

²³⁵ FELLMANN, Art. 400 OR, Rn 35 ff.; HOFSTETTER, S. 118

²³⁶ FELLMANN, Art. 400 OR, Rn 29

²³⁷ GUHL, S. 552

²³⁸ BGE 90 II 373; HUX, S. 97; KÜNZLE, S. 264

²³⁹ HUX, S. 97; KÜNZLE, S. 266; SCHRÖDER, S. 165

in ihrem Sinn sind, Beschwerde an die Aufsichtsbehörde zu erheben.²⁴⁰ Im Sinne der Gleichbehandlung sind grundsätzlich alle Erben gleichzeitig zu informieren (z.B. im Rahmen von Erbenversammlungen oder auf schriftlichem Weg).²⁴¹

Der Willensvollstrecker muss insbesondere auf Verlangen der Berechtigten innert üblicher Frist über den Stand des Nachlasses, Vorbezüge, laufendes Honorar etc. umfassend Auskunft erteilen.²⁴² Diese Auskunftspflicht gilt auch gegenüber einem provisorischen, einem enterbten oder testamentarisch ausgeschlossenen gesetzlichen Erben, solange die Ausschlagungsfrist noch nicht abgelaufen ist bzw. eine erbrechtliche Klage noch hängig ist.²⁴³ Ausserdem trifft den Willensvollstrecker die Pflicht, laufend, unaufgefordert und gleichzeitig über geplante oder vorgenommene Handlungen, wichtige Ereignisse, Tatsachen und Umstände zu informieren.²⁴⁴ Dabei hat der Willensvollstrecker den Erben auch sämtliche für die Erbteilung wesentlichen Grundlagen zu liefern²⁴⁵ und sie auf Klagemöglichkeiten (insb. Herabsetzungsklage gemäss Art. 522 ff. ZGB) hinzuweisen.²⁴⁶

Des Weiteren trifft den Willensvollstrecker eine Pflicht zur periodischen Berichterstattung. Diese hat persönlich zu erfolgen. Bei länger andauernden Mandaten ist den Erben jährlich ein schriftlicher Rechenschaftsbericht über den Stand des Nachlasses sowie eine detaillierte Honorarabrechnung zukommen zu lassen.^{247, 248} Welchen Umfang die Berichte haben müssen, kann nicht allgemein festgelegt werden. Massgebend sind immer die konkreten Umstände, wie z.B. der Aufgabenbereich des Willensvollstreckers, das Informationsbedürfnis der Erben, die Informationstätigkeit während der Erbteilung, die Grösse und Übersichtlichkeit des Nachlasses etc.²⁴⁹ Bei Beendigung seiner Aufgabe ist der Willensvollstrecker zudem verpflichtet, einen überprüfbaren Rechenschaftsbericht über Mandat und Teilung vorzulegen. Ein entsprechendes Begehren der Erben ist stillschweigend zu unterstellen.²⁵⁰

Der Umfrage kann entnommen werden, dass die befragten Willensvollstrecker diesen Grundsätzen sehr gut nachkommen. Die Erben werden überwiegend ad hoc über wichtige Ereignisse informiert. Z.T. erfolgt auch quartalsweise eine Erbenorientierung. Dabei werden

²⁴⁰ HUX, S. 97

²⁴¹ KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 17; SCHRÖDER, S. 165

²⁴² BGE 90 II 365; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 17

²⁴³ KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 17; KÜNZLE, S. 264

²⁴⁴ HUX, S. 97 ff.; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 17; KÜNZLE, S. 266; SCHRÖDER, S. 167

²⁴⁵ KÜNZLE, S. 265; SCHRÖDER, S. 169

²⁴⁶ BGE 90 II 373; ESCHER, Art. 518 ZGB, Rn 15; KÜNZLE, S. 266

²⁴⁷ BGE 5P.59/2000; KARRER, Art. 518 ZGB, Rn 17; SCHRÖDER, S. 166

²⁴⁸ MÜNCHKOMM, § 2218: im deutschen Recht ist das Recht der Erben eine jährliche Rechnungslegung zu verlangen, wenn es sich um eine länger dauernde Verwaltung des Nachlassvermögens handelt, ausdrücklich im Gesetz verankert.

²⁴⁹ GIGER, S. 134; SCHRÖDER, S. 166

²⁵⁰ JERMANN, S. 165; SCHRÖDER, S. 166

die Erben mehrheitlich auf schriftlichen Weg oder anlässlich von Erbenversammlungen informiert, womit die Gleichbehandlung der Erben gewährleistet ist. Bei einigen Anbietern folgen den Erbenversammlungen Protokolle derselben oder zumindest schriftliche Bestätigungen von wesentlichen Entscheiden, die getroffen wurden. Kleinere Anliegen werden teilweise auch telefonisch mitgeteilt. Die Auskunft erfolgt grösstenteils proaktiv, wobei es jedoch auf den konkreten Fall ankommt.

14.2 Ablieferungspflicht

Aus Art. 400 Abs. 1 OR fliesst des Weiteren eine Ablieferungspflicht, aufgrund welcher der Beauftragte alles, was ihm infolge der Geschäftsführung zugekommen ist, zu erstatten hat. Der Beauftragte soll sich aus der Besorgung fremder Geschäfte nicht bereichern, weshalb er alles abzuliefern hat, was ihm vom Auftraggeber oder von Dritten zugekommen ist, sofern es nicht bestimmungsgemäss verbraucht worden ist. Dazu gehören sowohl Vermögenswerte als auch Dokumente.²⁵¹

Die Ablieferungspflicht gilt auch für den Willensvollstrecker. Er hat den Erben den Nachlass und alles, was er während der Ausübung seines Amtes erlangt hat, auszuhändigen.²⁵²

15. Beendigung (OR 404 – 406)

15.1 Vorbemerkungen

Die Beendigung der Willensvollstreckung ist im Gesetz nicht geregelt.²⁵³ Folglich gibt es auch keine zeitliche Schranke, die zu beachten wäre. Die Dauer der Willensvollstreckung richtet sich somit primär nach den Anordnungen des Erblassers.²⁵⁴ Werden bezüglich der Dauer vom Erblasser keine Vorgaben gemacht, endet die Willensvollstreckung mit der Entgegennahme und Genehmigung der Schlussrechnung durch die Erben, also mit der vollständigen Erledigung der unter die Willensvollstreckung fallenden Aufgaben.²⁵⁵ Allerdings kann die persönliche Funktion (nicht aber die Willensvollstreckung als solche) auch aufgrund eines Beendigungsgrundes vorzeitig enden. Diesbezüglich sind neben der vorzeitigen Beendigung durch richterliche Ungültigerklärung der Ernennung des Willensvollstreckers und der

²⁵¹ BSK-Weber, Art. 400 OR, Rn 10 ff.; HOFSTETTER, S. 119

²⁵² HUX, S. 99

²⁵³ Dies im Gegensatz zum deutschen Recht, vgl. §§ 2225 ff. BGB

²⁵⁴ JUCHLER, S. 112; KÜNZLE, Anfang und Ende, S. 28

²⁵⁵ JUCHLER, S. 112; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 24

Absetzung durch die Aufsichtsbehörde insbesondere die Beendigungsgründe gemäss Art. 404 ff. OR zu berücksichtigen.²⁵⁶

15.2 Widerruf und Kündigung (OR 404)

15.2.1 Grundsätzliches (OR 404 I)

Die Vertragsparteien haben gemäss Art. 404 Abs. 1 OR die Möglichkeit, den Vertrag jederzeit (fristlos) zu widerrufen (Auftraggeber) bzw. zu kündigen (Auftragnehmer). Es handelt sich dabei um ein einseitiges, auflösendes Gestaltungsrecht, das empfangsbedürftig, grundsätzlich bedingungsfeindlich und nicht an eine bestimmte Form gebunden ist.²⁵⁷ In ständiger Rechtsprechung bejaht das Bundesgericht die zwingende Natur dieser Norm sowohl für reine Aufträge als auch für gemischte Verträge mit Auftrags-elementen. Gerechtfertigt wird diese Ansicht damit, dass „der Beauftragte regelmässig eine besondere Vertrauensstellung einnimmt“ und es deshalb „keinen Sinn hat, den Vertrag noch aufrecht erhalten zu wollen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien gestört ist“.²⁵⁸ Diese Rechtsprechung wird von der Lehre kritisiert, wobei die h.L. sich für eine Unterscheidung zwischen typischen und atypischen Aufträgen ausspricht.²⁵⁹ „Typische Verträge sind diejenigen, die sich durch ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Beauftragtem und Auftraggeber auszeichnen. Im Gegensatz dazu beinhalten atypische Aufträge kein ausgeprägteres Vertrauenselement als andere Vertragsverhältnisse“.²⁶⁰

Auf diese Kontroverse muss hier nicht näher eingegangen werden, da das Verhältnis zwischen Erblasser und Willensvollstrecker ohne Zweifel vertrauensbasiert ist bzw. das Vertrauensverhältnis unter Umständen sogar noch enger ist als zwischen „normalen“ Vertragsparteien und somit Art. 404 OR zwingenden Charakter hat.²⁶¹ Zwar ist der Erblasser als Toter kein Rechtssubjekt mehr, jedoch kann bzw. muss das Vertrauen, das er in den Willensvollstrecker setzt, durch dessen Ernennung in der letztwilligen Verfügung über den Tod hinaus Bestand haben. Gemäss HUX liegt gerade darin das Besondere des Vertrauensverhältnisses zwischen Erblasser und Willensvollstrecker: „Da der letztwillig Verfügende nicht mehr wie der Auftraggeber jederzeit die Möglichkeit hat, die Aufgabe des Willensvollstreckers durch entsprechende Weisungen zu konkretisieren und zu modifizieren, wird er berufliche

²⁵⁶ JUCHLER, S. 116 ff.; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 25; KÜNZLE, Anfang und Ende, S. 28 ff.

²⁵⁷ BSK-WEBER, Art. 404 OR, Rn 5 ff.; FELLMANN, Art. 404 OR, Rn 20 ff.; HOFSTETTER, S. 57 ff.

²⁵⁸ BGE 4C.447/2004; 115 II 464 m.w.H. auf frühere Bundesgerichtsentscheide

²⁵⁹ BSK-WEBER, Art. 404 OR, Rn 9; FELLMANN, Art. 404 OR, Rn 107 ff.; HOFSTETTER, S. 59; HUGUENIN, S. 128

²⁶⁰ HUGUENIN, S. 128

²⁶¹ HUX, S. 113

Qualifikation und insbesondere charakterliche Qualitäten des zu Ernennenden noch mehr in den Vordergrund stellen, als dies beim Auftraggeber dem Beauftragten gegenüber der Fall ist. An die Loyalität des Willensvollstreckers werden hohe Anforderungen gestellt; das Vertrauen des Erblassers in ihn muss sehr sehr gross sein“.²⁶² Anders lässt sich m.E. auch die Rechtsstellung, die dem Willensvollstrecker zukommt, nicht rechtfertigen. Immerhin handelt er selbstständig und aus eigenem Recht, während die in die Rechtsstellung des Erblasser tretenden Erben handlungsunfähig werden.

Somit hat der Willensvollstrecker basierend auf dem dargelegten Vertrauensverhältnis das Recht, das Mandat analog den Regeln des Auftragsrechts jederzeit niederzulegen, dies insbesondere auch, da kein Amtszwang besteht.²⁶³ Die Rücktrittserklärung ist dabei an die Aufsichtsbehörde und an die Erben²⁶⁴ zu richten, bedarf keiner Begründung, ist formfrei und bedingungsfeindlich.²⁶⁵ Den Erben steht allerdings die Möglichkeit, den Willensvollstrecker gestützt auf Art. 404 Abs. 1 OR abzusetzen, nicht zu, auch nicht durch einstimmigen Beschluss. Die Erben können lediglich die Absetzung des Willensvollstreckers bei der Aufsichtsbehörde beantragen.²⁶⁶

15.2.2 Auflösung zur Unzeit (OR 404 II)

Bei Kündigung zur Unzeit ist der zurücktretende Teil gemäss Art. 404 Abs. 2 OR zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet. Eine Auflösung zur Unzeit liegt vor, wenn sie in einem ungünstigen Moment, ohne sachliche Rechtfertigung, erfolgt und der anderen Partei damit besondere Nachteile bringt.²⁶⁷ In diesem Fall hat die auflösende Partei Schadenersatz zu leisten. Dabei besteht kein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns, sondern „nur auf Ausgleich der besonderen Nachteile als Folge des unzeitigen Widerrufs“.²⁶⁸ Es ist somit das negative Vertragsinteresse (sog. Vertrauensschaden) zu ersetzen.²⁶⁹ Allerdings führt nicht jeder objektiv unzeitige Rücktritt zu einer Schadenersatzpflicht, sondern nur, wenn er ohne wichtigen Grund erfolgt.²⁷⁰

²⁶² HUX, S. 68

²⁶³ BGE 2P.139/2001; HUX, S. 113; JUCHLER, S. 121; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 25; KÜNZLE, S. 353

²⁶⁴ JUCHLER, S. 123: nur an die Aufsichtsbehörde; KÜNZLE, S. 354: nur an die Erben

²⁶⁵ JUCHLER, S. 123; FELLMANN, Art. 404 OR, Rn 34; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 17; KÜNZLE Anfang und Ende, S. 33

²⁶⁶ BGE 90 II 376; DRUEY, S. 201; HUX, S. 113 ff.; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 17; KÜNZLE, S. 354

²⁶⁷ BSK-WEBER, Art. 404 OR, Rn 16; FELLMANN, Art. 404 OR, Rn 48

²⁶⁸ BGE 110 II 380

²⁶⁹ BSK-WEBER, Art. 404 OR, Rn 17; BÜHLER, Art. 404, Rn 7; GUHL, S. 556; HONSELL, S. 327

²⁷⁰ FELLMANN, Art. 404 OR, Rn 84 ff.: Es handelt sich dabei um einen unbestimmten Rechtsbegriff, welcher der Konkretisierung bedarf. Als wichtige Gründe kommen sowohl Umstände in der Person des Auftraggebers wie auch in der Person des Beauftragten (z.B. Krankheit oder sonstige

Auch der Willensvollstrecker muss damit rechnen, bei einem Rücktritt zur Unzeit gestützt auf Art. 404 Abs. 2 OR schadenersatzpflichtig zu werden, sofern den Erben dadurch ein Nachteil entsteht.²⁷¹ Wiederum ist eine Schadenersatzpflicht ausgeschlossen, wenn seitens des Willensvollstreckers ein wichtiger Grund für die Niederlegung des Mandates vorliegt. Wenn er beispielsweise nach seinem Amtsantritt erkennt, dass er der Aufgabe nicht gewachsen ist, würde er bei Fortsetzung der Tätigkeit eine Treuepflichtverletzung begehen.²⁷²

15.3 Tod, Handlungsunfähigkeit und Konkurs (OR 405)

Wie auch ein Auftrag endet die Willensvollstreckung mit dem Tod des Willensvollstreckers.²⁷³ Allerdings ist das Amt des Willensvollstreckers nicht vererblich, d.h. die Erben haben es nicht vorübergehend weiterzuführen. Art. 405 Abs. 2 OR findet somit keine Anwendung beim Tod des Willensvollstreckers.²⁷⁴ Dies folgt aus der höchstpersönlichen Natur der Testamentsabfassung, nach welcher nur der Erblasser einen Willensvollstrecker im Rahmen der letztwilligen Verfügung ernennen kann. Danach steht es dem Willensvollstrecker nicht zu, einen Ersatzwillensvollstrecker zu ernennen. Somit kann es auch nicht sein, dass die Erben des Willensvollstreckers in dessen Stellung eintreten können.²⁷⁵

Dasselbe gilt, wenn eine juristische Person die mit der Willensvollstreckung betraut worden ist ihre Rechtsfähigkeit verliert.²⁷⁶ Allerdings kann davon ausgegangen werden, dass bei einer Rechtsformänderung aufgrund von Umwandlungen, Fusionen oder Abspaltungen die Willensvollstreckung nicht endet, da in diesem Fall die Willensvollstreckerin weiterhin existiert. Es ist anzunehmen, dass der Erblasser die Willensvollstreckerin auch in dieser Form ernannt hätte.²⁷⁷

Ein Auftragsverhältnis endet des Weiteren mit Eintritt der Handlungsunfähigkeit beim Auftraggeber oder Beauftragten. Dies gilt gemäss Art. 517 Abs. 1 ZGB auch für die Willensvoll-

ernstliche Verhinderungen an der Auftragsführung) in Betracht. Möglich sind aber auch sonstige Umstände, die das Festhalten am Auftrag unzumutbar machen.

²⁷¹ BGE 2P.139/2001; HUX, S. 113 ff.; JUCHLER, S. 121; KÜNZLE Anfang und Ende, S. 34

²⁷² HUX, S. 115

²⁷³ ESCHER, Art. 518 ZGB, Rn 20; JUCHLER, S. 116; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 25; KÜNZLE Anfang und Ende, S. 30

²⁷⁴ JUCHLER, S. 117; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 25; KÜNZLE Anfang und Ende S. 30

²⁷⁵ HUX, S. 116; JUCHLER, S. 117

²⁷⁶ JUCHLER, S. 118; FELLMANN, Art. 405 OR, Rn 25 ff.; Karrer, Art. 517 ZGB, Rn 25; KÜNZLE Anfang und Ende, S. 30

²⁷⁷ KÜNZLE Anfang und Ende, S. 3; a.M. JUCHLER, S. 118: Gemäss seiner Ansicht erlischt die Willensvollstreckung nur bei Umwandlungen nicht, da in diesem Fall die ursprüngliche juristische Person weiterbesteht. Bei Verschmelzung von Kapitalgesellschaften hingegen erlischt seiner Meinung nach das Willensvollstreckermandat, da die übertragenen Gesellschaften erlöschen und es zu einer Neugründung kommt.

streckung, da nur handlungsfähige Personen²⁷⁸ damit beauftragt werden können.²⁷⁹ In jenen Fällen, in denen ein ursprünglich handlungsfähiger Willensvollstrecker handlungsunfähig wird, ist er demgemäss von weiteren Vollstreckungshandlungen ausgeschlossen.²⁸⁰

Der Konkurs ist „Sinnbild für wirtschaftlichen Ruin und enttäushtes Vertrauen“.²⁸¹ In aller Regel zerstört der Konkurs des Auftraggebers oder des Beauftragten die Vertrauensbasis zwischen den Parteien, weshalb Art. 405 Abs. 1 OR die Auflösung des Vertragsverhältnisses vorsieht, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren.²⁸² Im Gegensatz dazu endet die Willensvollstreckung nicht ohne Weiteres mit dem Konkurs des Willensvollstreckers.²⁸³ Allerdings kann auch hier das Vertrauensverhältnis so gestört sein, dass eine Absetzung des Willensvollstreckers gerechtfertigt sein kann. Die Erben können in diesem Fall die Absetzung des Willensvollstreckers bei der Aufsichtsbehörde beantragen.²⁸⁴

Zu beachten ist, dass die erwähnten Beendigungsgründe gemäss Art. 405 OR nicht das Ende der Willensvollstreckung herbeiführen, wenn sie bei einem der Erben eintreten. Dies im Gegensatz zum Auftrag, bei welchem der Eintritt beim Auftraggeber oder beim Beauftragten das Vertragsverhältnis beendet.²⁸⁵

15.4 Wirkung des Erlöschens (OR 406)

In dieser Bestimmung wird festgehalten, dass die Wirkung der Beendigungsgründe (Tod, Handlungsunfähigkeit und Konkurs) von der Kenntnisnahme der anderen Vertragspartei abhängt.²⁸⁶ Danach wird der Auftraggeber (bzw. seine Erben) aus den Geschäften, die der Beauftragte führte, bevor er vom Erlöschen des Auftrages Kenntnis erhalten hat, verpflichtet, wie wenn der Auftrag noch bestanden hätte. Bei den Erlöschungsgründen gemäss Art. 405 OR handelt es sich um Ereignisse, deren Kenntnis beim Beauftragten nicht ohne weiteres

²⁷⁸ KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 7: Natürliche Personen müssen voll handlungsfähig sein, d.h. urteilsfähig und mündig, aber nicht verbeiständet oder verbeiratet. Juristische Personen müssen voll rechtsfähig sein.

²⁷⁹ ESCHER, Art. 518 ZGB, Rn 20; JUCHLER, S. 118 ff.; KARRER, Art. 517 ZGB, Rn 25; KÜNZLE Anfang und Ende, S. 30

²⁸⁰ HUX, S. 117

²⁸¹ FELLMANN, Art. 405 OR, Rn 51

²⁸² FELLMANN, Art. 405 OR, Rn 51

²⁸³ ESCHER, Art. 518 ZGB, Rn 20

²⁸⁴ HUX, S. 117; JUCHLER, S. 124; KÜNZLE, S. 353; KÜNZLE Anfang und Ende, S. 30

²⁸⁵ HUX, S. 118

²⁸⁶ FELLMANN, Art. 406 OR, Rn 6 ff.: Entgegen der Systematik bezieht sich Art. 406 OR gemäss Fellmann nur auf Beendigungsgründe gemäss Art. 405 OR. Die Wirkungen des Widerrufs gemäss Art. 404 OR, insbesondere der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der empfangsbedürftigen Willenserklärung bestimmen sich nach dem allgemeinen Teil des OR.

vorausgesetzt werden kann, weshalb er als schutzbedürftig betrachtet wird und die Vertragspflichten bis zum Zeitpunkt der Kenntnisnahme fortgesetzt werden.²⁸⁷

Dieser Bestimmung ist im Rahmen der Willensvollstreckung eher eine geringe Bedeutung zuzumessen, da die Beendigungsgründe entweder in der Person des Willensvollstreckers selbst liegen oder er zumindest davon Kenntnis hat. Lediglich im Fall der Absetzung des Willensvollstreckers durch die Aufsichtsbehörde kann zwischen Eintritt und Kenntnisnahme des Beendigungsgrundes eine gewisse Zeit liegen. Allerdings kann für Handlungen, die der Willensvollstrecker in dieser Zeit vornimmt, eine Verpflichtung der Erben nur insofern angenommen werden, als es sich um notwendige, vermögenserhaltende Massnahmen handelt, da er vom Absetzungsverfahren selbst Kenntnis hat und somit bis zum Erhalt des Beschwerdeentscheides keine weitergehenden Handlungen vorzunehmen hat.²⁸⁸

²⁸⁷ FELLMANN, Art. 406 OR, Rn 9 ff.

²⁸⁸ HUX, S. 119 ff.

Teil 4

Schlussbetrachtung

Eine etwas ausführlichere gesetzliche Regelung der Willensvollstreckung wäre m.E. zwar wünschenswert, um Unklarheiten zu beseitigen und weniger Interpretationsspielraum offen zu lassen. Allerdings wurde durch die analoge Anwendung des Auftragsrechts meiner Meinung nach eine adäquate Lösung gefunden, um die Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers weitgehend eruieren zu können bzw. dem Willensvollstrecker eine Orientierungsmöglichkeit für die Erfüllung seiner Aufgaben zu geben.

Die Herausforderung, der starken eigenrechtlichen Stellung des Willensvollstreckers und der besonderen Vertrauensposition, die er einnimmt, gebührend Rechnung zu tragen, bleibt jedoch trotzdem bestehen. Insbesondere ist zu beachten, dass aufgrund dieser besonderen Funktion die Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers z.T. etwas ausgeprägter sind, als im Rahmen des „gewöhnlichen“ Auftrags. Aus diesem Grund ist es m.E. essentiell, dass der Willensvollstrecker eng mit den Erben als Eigentümer der Nachlasswerte zusammenarbeitet, sie vollumfänglich informiert, sich nach deren Teilungswünschen erkundigt und für wesentliche Entscheidungen Weisungen oder zumindest deren Zustimmung einholt. Nur auf diesem Weg kann er sicherstellen, dass sein Handeln mit den Interessen der Erben übereinstimmt und ihnen keinen Anlass bietet, sich an die Aufsichtsbehörde zu wenden oder gar den Gerichtsweg zu beschreiten.

Teil 5

Anhang

Literatur- und Quellenverzeichnis

BREITSCHMID, Peter, Einsatz des Willensvollstreckers bei persönlichkeitsrechtlichen Belangen, in: Willensvollstreckung - Aktuelle Rechtsprobleme (2), hrsg. von Hans Rainer Künzle, S. 37 – 59, Zürich/Basel/Genf 2006

BREITSCHMID, Peter, Die Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung, in: Praktische Probleme der Erbteilung, hrsg. von Jean Nicolas Druey und Peter Breitschmid, S. 109 - 179, Bern/Stuttgart/Wien 1997 (zit. BREITSCHMID Erbteilung)

BREITSCHMID, Peter, Das Bankkonto im Erbgang – Probleme rund um die Vermögensverwaltung vor und nach dem Tod, successio 4/2007, S. 220 – 238 (zit. BREITSCHMID Vermögensverwaltung)

BÜHLER, Roland, Kommentar zu Art. 394 – 405 OR, in: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, hrsg. von Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf, 2. Auflage, Zürich 2009

CHRIST, Bernhard, Kommentar zu Art. 517 – 518 ZGB, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. von Daniel Abt und Thomas Weibel, Basel 2007

DASSER, Felix, Kommentar zu Art. 19 – 31 OR, in: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, hrsg. von Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf, 2. Auflage, Zürich 2009

DERRER, Bruno, Die Aufsicht der zuständigen Behörde über den Willensvollstrecker und den Erbschaftsliquidator, Diss. Zürich 1985

DRUEY, Jean Nicolas, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern 2002

ESCHER, Arnold, Zürcher Kommentar, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben, Art. 457 – 536 ZGB, 3. Auflage, Zürich, 1959

FELLMANN, Walter, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag, Bd. VI/2/4, Art. 394 – 406 OR, Bern 1992

- FISCHER, Willi**, Die Umschreibung der Dienstleistung und der verschiedenen Rechte und Pflichten im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages, AJP 3/97, S. 256 – 268
- FLÜCKIGER, Andreas**, Das Honorar des Willensvollstreckers, in: Willensvollstreckung - Aktuelle Rechtsprobleme (2), hrsg. von Hans Rainer Künzle, S. 201 – 267, Zürich/Basel/Genf 2006
- FUHRER, Stephan**, Die Haftung des Willensvollstreckers und ihre Versicherung, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme, hrsg. von Hans Rainer Künzle, S. 107 – 158, Zürich/Basel/Genf 2004
- GEISER, Thomas**, Sorgfalt in der Vermögensverwaltung durch den Willensvollstrecker, successio 3/2007, S. 178-185
- GIGER, Hans**, Der Willensvollstrecker im Spannungsfeld von Erblasser und Erbe, in: Rechtskollisionen, Festschrift für Anton Heini, S. 123 – 146, Zürich 1995
- GRIEDER, Thomas**, Die unsorgfältige Unsorgfalt – Ein Beitrag zur Abgrenzungsproblematik zwischen Vertragswidrigkeit und Verschulden, AJP 8/2002, S. 959 – 967
- GUHL, Theo**, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Zürich 2000
- HOFSTETTER, Josef**, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII, 6. Teilband, Basel/Genf/München 2000
- HONSELL, Heinrich**, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. Auflage, Bern 2006
- HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie**, Probleme mit der Vergütung des Willensvollstreckers, AJP 10/2005, S. 1209 – 1220
- HUGUENIN, Claire**, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. HUGUENIN AT)
- HUGUENIN, Claire**, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008
- HUX, Thomas**, Die Anwendbarkeit des Auftragsrechts auf die Willensvollstreckung, die Erbschaftsverwaltung, die Erbschaftsliquidation und die Erbenvertretung, Diss. Zürich 1985
- JERMANN, Andreas**, Honorar und Rechenschaftspflicht des Willensvollstreckers, TREX 3/2009
- JUCHLER, René**, Anfang und Ende der Willensvollstreckung, Diss. Zürich 1999

KARRER, Martin, Kommentar zu Art. 517 – 518 ZGB, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2007

KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta, Kommentar zu Art. 68 – 109 OR, in: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, hrsg. von Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf, 2. Auflage, Zürich 2009

KÜNZLE, Hans Rainer, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Zürich 2000 (zit. KÜNZLE)

KÜNZLE, Hans Rainer, Kommentar zu Art. 517-518 ZGB, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, hrsg. von Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer u.a., Zürich 2007 (zit. CHK-H.R. KÜNZLE)

KÜNZLE, Hans Rainer, Anfang und Ende der Willensvollstreckung, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), hrsg. von Hans Rainer Künzle, S. 19 – 36, Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. KÜNZLE Anfang und Ende)

KÜNZLE, Hans Rainer, die Anlagestrategie des Willensvollstreckers, successio 1/2009, S. 51 – 66 (zit. KÜNZLE Anlagestrategie)

KÜNZLE, Hans Rainer, Anlageberatung, Vermögensverwaltung und Willensvollstreckung, in: Festschrift für Heinz Rey, hrsg. von Walter Portmann u.a., S. 451 – 471, Zürich 2003 (zit. KÜNZLE Festschrift)

KÜNZLE Hans Rainer, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2008-2009), successio 4/09, S. 267 – 280 (zit. KÜNZLE Praxis 08/09)

MÜLLER-CHEN, Markus, Vertragliche Haftung und Freizeichnungsmöglichkeiten des Beraters, in: Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, S. 507 – 518, Zürich 2004

ROBERTO, Vito, Die Haftung des Vermögensverwalters und Anlageberaters, in: Rechtliche Verantwortlichkeiten bei der Vermögensverwaltung, hrsg. von Paolo Bernasconi und René Chopard, S. 37 – 59, Bellinzona 2001

ROSAT, Christoph, Der Anlageschaden, Schadensberechnung beim Vermögensverwaltungsvertrag, Diss. Bern 2009

SCHRÖDER, Andreas, Informationspflichten im Erbrecht, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, hrsg. von K. Spiro, G. Stratenwerth, u.a., Bd. 54, Basel/Genf/München 2000

STEIN-WIGGER, Matthias, Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit erblasserischer Teilungsvorschriften, AJP 10/2001, S. 1135 – 1147

WEBER, Rolf H., Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten, Bern 1990

WEBER, Rolf H., Kommentar zu Art. 394 – 406 OR, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand, 4. Auflage, Basel/Bern/Zürich 2007 (zit. BSK-WEBER)

WETZEL, Claude, Interessenskonflikte des Willensvollstreckers, Diss. Zürich 1985

WIEGAND, Wolfgang, Kommentar zu Art. 97 – 109 OR, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand, 4. Auflage, Basel/Bern/Zürich 2007

WOLF, Stephan, Die Teilung der Erbschaft durch den Willensvollstrecker, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), hrsg. von Hans Rainer Künzle, S. 107 – 124, Zürich/Basel/Genf 2006

ZIMMERMANN, Walter, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, Erbrecht, §§ 1922 – 2385, §§ 27 – 35 BeurkG, 5. Auflage, 2010 (zit. MÜNCHKOMM)

Lebenslauf

Personalien

Gabriela Gauderon
UBS AG
Nüscherstrasse 10
8001 Zürich
Tel. 044 234 59 69
E-Mail: gabriela.gauderon@ubs.com

Ausbildung

| | |
|-------------|--|
| 2008 – 2010 | Master of Advanced Studies in Financial Consulting (MAS FC 12) an der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (zhaw) |
| 2002 – 2007 | Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Zürich, Abschluss mit dem Lizentiat der Rechtswissenschaften |
| 2001 – 2002 | Allroundpraktikum UBS AG (Abschluss Bankfach) |
| 1996 – 2001 | Kantonsschule Büelrain Winterthur, Abschluss mit Matura Typus E |

Praktische Tätigkeiten

| | |
|-----------------|---|
| 7/2008 – heute | UBS AG, Wealth Planning Switzerland Nachfolge- und Vorsorgeberatung, Finanzplanung, Durchführung von Willensvollstreckungen. |
| 9/2007 – 6/2008 | Ernst & Young AG, Corporate Tax Consulting Erstellung von Steuererklärungen, Prüfung von Steuerrechnungen, Ausarbeitung und Übersetzung von Tax Rulings, Beantwortung von diversen steuerrechtlichen Fragen. |

| | |
|-------------|---|
| 2003 – 2006 | <p>UBS AG, Business Unit Americas International</p> <p>Teilzeitanstellung neben dem Studium: Unterstützung des Managements Millionaires US International: Organisation von Schulungen zusammen mit Legal, Auswertung von Listen, Ausfertigung von Präsentationen.</p> |
| 2002 – 2003 | <p>UBS AG, Individualkunden</p> <p>Anstellung im Stundenlohn, Betreuung von Laufkundschaft in diversen Bankangelegenheiten.</p> |
| 2001 – 2002 | <p>Allroundpraktikum bei der UBS AG, diverse Abteilungen</p> <p>Ausbildung im Bankfach nach Abschluss der Matura.</p> |

Fragebogen

Auf den nachfolgenden Seiten ist der blanko Fragebogen sowie die dazugehörige Auswertung abgedruckt, auf welcher die Aussagen zur Handhabung in der Praxis beruhen. Die Zahlen in Klammern bei der Auswertung stehen für die Anzahl Nennungen. Zudem sind die Bemerkungen, die einige Anbieter gemacht haben, aufgeführt.

Fragebogen:

Auftragsrechtliche Aspekte der Willensvollstreckung

Hinweis zum Ausfüllen des Fragebogens:

- Klicken (Doppelklick) Sie in das erste Feld um mit dem Ausfüllen zu beginnen. Die Felder können Sie mit der Tabulatortaste abfahren.
- Die Kästchen können mit der Leertaste aktiviert werden.

Mandatsträger: _____ (freiwillig)

Datum: _____

1. Erfahrung des Mandatsträgers

Wie viele Mandate wurden durch den Mandatsträger bereits abgewickelt?

- ☐ 1 – 20 Mandate
- ☐ 20 – 50 Mandate
- ☐ über 50 Mandate

2. Weisungsrecht

a. Wird auf Weisungen der Erben trotz fehlendem Weisungsrecht eingegangen?

- ☐ Ja
- ☐ Nein

Bemerkungen:

b. Wird bei den Erben um Weisungen nachgesucht?

- ☐ Ja
- In welchen Belangen?

- ☐ Nein

Bemerkungen:

3. Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit

a. *Sorgfaltspflicht in der Vermögensverwaltung: Wird die Anlagestrategie im Rahmen der Mandatsführung angepasst?*

- ☐ Nein, d.h. die Anlagestrategie des Erblassers wird weitergeführt
- ☐ Ja, nach Rücksprache mit den Erben
- ☐ Ja, ohne Rücksprache mit den Erben

Bemerkungen:

b. *Ergaben sich im Zusammenhang mit der Finanzkrise 2008 besondere Probleme die zu Konflikten mit den Erben führten (bspw. betreffend die Vermögensverwaltung oder generell die Sorgfaltspflicht)?*

- ☐ Ja
- Konkretisierung:

☐ Nein

Bemerkungen:

c. *Wurde in der Vergangenheit bereits einmal der Vorwurf der mangelnden Sorgfalt bei der Mandatsführung laut?*

- ☐ Ja
- (häufigste) Vorwürfe / Gründe:

Ausgang des Konfliktes (Einigung, Gerichtsverfahren etc.)?

☐ Nein

Bemerkungen:

d. *Kam es in der Vergangenheit zu Gerichtsverfahren / Haftungsfällen?*

☐

Ja

Gründe / Vorwürfe?

Ausgang des Verfahrens?

☐

Nein

Bemerkungen:

e. *In welchen Bereichen kommt es generell am häufigsten zu Konflikten mit den Erben?*

4. Substitution

a. *Werden gewisse Aufgaben an eigenverantwortliche Dritte (bspw. Treuhänder, Anwalt, externer Vermögensverwalter) substituiert?*

☐

Ja

Welche Aufgaben?

☐

Nein, d.h. sämtliche Aufgaben werden durch den Willensvollstrecker erfüllt.

Bemerkungen:

b. *Wird in gewissen Fällen die gesamte Mandatsführung substituiert?*

☐

Ja

Kriterien für die Substitution der gesamten Mandatsführung:

☐

Nein

Erachten Sie eine Substitution der gesamten Mandatsführung als zulässig?

☐

Ja

☐

Nein: Wieso nicht? _____

Bemerkungen:

- c. *Haben sich aufgrund der Substitution von gewissen Aufgaben oder der gesamten Mandatsführung in der Vergangenheit Probleme ergeben?*

☐

Ja

Probleme:

Konsequenzen:

☐

Nein

Bemerkungen:

5. Honorar des Willensvollstreckers

- a. *Wie wird das Honorar berechnet?*

☐

Stundenansatz: CHF _____

☐

Pauschale: __% des Nachlassvermögens

☐

Mischung zwischen Stundenansatz und Pauschale

Bemerkungen:

- b. *Ergaben sich in der Vergangenheit Probleme das Willensvollstreckerhonorar betreffend?*

☐

Ja

Art des Problems und Konsequenzen:

☐

Nein

Bemerkungen:

- c. *Ist die Höhe des Willensvollstreckerhonorars ein häufiger Grund für die Erben, die Teilung des Nachlasses selbst durchzuführen?*

☐

Ja

☐

Nein

Bemerkungen:

6. Informationspflicht

a. *In welcher Form werden die Erben informiert?*

- ☐ telefonisch
- ☐ schriftlich
- ☐ anlässlich von Erbenversammlungen

Bemerkungen:

b. *Wie häufig werden die Erben informiert (Zwischenberichte) und zu welchen Anlässen ?*

- ☐ ad hoc
- ☐ quartalsweise
- ☐ jährlich

Anlässe / Bemerkungen:

c. *Erfolgt die Information eher proaktiv oder reaktiv?*

- ☐ proaktiv
- ☐ reaktiv

Bemerkungen:

7. Dauer der Willensvollstreckung

Wie viele Stunden dauert die Durchführung einer Willensvollstreckung durchschnittlich?

- ☐ unter 50 Stunden
- ☐ 50 – 100 Stunden
- ☐ über 100 Stunden

Bemerkungen:

Besten Dank für Ihre Unterstützung!

Auswertung Fragebogen:

Auftragsrechtliche Aspekte der Willensvollstreckung

Hinweis: Es wurden 10 Unternehmen / Personen angeschrieben.

1. Erfahrung des Mandatsträgers

Wie viele Mandate wurden durch den Mandatsträger bereits abgewickelt?

- (3) 1 – 20 Mandate
- ☐ 20 – 50 Mandate
- (7) über 50 Mandate

2. Weisungsrecht

a. Wird auf Weisungen der Erben trotz fehlendem Weisungsrecht eingegangen?

- (9) Ja
 - (1) wenn sie vernünftig sind
 - (1) in der Regel nur bei Einstimmigkeit
 - (2) Beachtung von übereinstimmenden Weisungen, sofern diese nicht gesetzes- oder rechtswidrig sind.
 - (1) Wenn sich dies aus der letztwilligen Verfügung ergibt
 - (2) Wenn ein Auslegungsspielraum besteht
 - (1) Wenn sie nicht zwingenden Anordnungen des Erblassers widersprechen
 - (1) z.B. bei Wertschriftenanlagen
- (1) Nein
 - (1) Eingegangen wird nur auf Wünsche, und sofern diese übereinstimmen, werden sie als Vereinbarung der Erben protokolliert.

b. Wird bei den Erben um Weisungen nachgesucht?

- (8) Ja
 - (6) Vermögensverwaltung und Anlagestrategie
 - (1) Verkauf Liegenschaften, Schätzungen
 - (3) Zuteilungswünsche bzw. Zuweisungen
 - (2) Verkauf / Verwertung von Nachlassgegenständen
- (2) Nein
 - (1) Es werden nur Zustimmungen eingeholt

Bemerkungen:

- (1) Einholung von Weisungen, wenn das Testament auslegungsbedürftig ist oder Anordnungen im Testament den Interessen der Erben widersprechen (können).

3. Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit

a. *Sorgfaltspflicht in der Vermögensverwaltung: Wird die Anlagestrategie im Rahmen der Mandatsführung angepasst?*

- (3) Nein, d.h. die Anlagestrategie des Erblassers wird weitergeführt
- (9) Ja, nach Rücksprache mit den Erben
- ☐ Ja, ohne Rücksprache mit den Erben

Bemerkungen:

- (1) Weiterführung der Anlagestrategie des Erblassers, bis mit den Erben eine Lösung gefunden wurde. (1 + 2 wurden angekreuzt)
- (1) Der Einzelfall ist entscheidend.
- (1) In der Regel führen die Erben die Anlagestrategie des Erblassers weiter bis zur Erbteilung. Problem: Erben haben oft Partikularinteressen und eine eigene Anlagestrategie, die nicht vereinheitlicht werden kann.
- (1) Wenn eine hohe Liquidität benötigt wird, werden die Wertschriften nach Gutdünken veräussert.
- (1) Kriterien sind u.a.: mutmassliche Dauer der Willensvollstreckung, Bedürfnisse der Erben.

b. *Ergaben sich im Zusammenhang mit der Finanzkrise 2008 besondere Probleme die zu Konflikten mit den Erben führten (bspw. betreffend die Vermögensverwaltung oder generell die Sorgfaltspflicht)?*

- (3) Ja

Konkretisierung:

- (1) Unzufriedenheit über Anlageverluste und Versuch, die Bank WV oder Vermögensverwalter haftbar zu machen.
- (1) Einige Erben wollten alles verkaufen. Schlussendlich erfolgte eine Einigung auf einen generellen Verkauf. Dies hat aber vier Monate gedauert.
- (1) Problem der US Estate Tax auf US Wertschriften. (nur im weiteren Zusammenhang mit der Finanzkrise)

(7) Nein

Bemerkungen:

(1) Wichtig war die Transparenz: Probleme mit Anlagen offen Ansprechen.

c. *Wurde in der Vergangenheit bereits einmal der Vorwurf der mangelnden Sorgfalt bei der Mandatsführung laut?*

(3) Ja

(häufigste) Vorwürfe / Gründe:

(1) Ungenügende Information sowie Verzicht auf Rechtsmittel bei Steuerveranlagungen

(1) Einseitige Beratung zu Lebzeiten des Testators in Bezug auf die einzelnen Erben.

(1) Schlechtberatung der Erblasserin (in einem Fall), Angeblich überlange Dauer der Erbteilung.

Ausgang des Konfliktes (Einigung, Gerichtsverfahren etc.)?

(3) Einigung

(7) Nein

Bemerkungen:

(1) Wesentlich ist eine transparente Information und eine genaue Dokumentierung der einzelnen Schritte.

(1) Bei Überlastung kommt manchmal der Vorwurf man sei zu wenig schnell, aber das liess sich immer lösen durch einen a.o. Einsatz.

d. *Kam es in der Vergangenheit zu Gerichtsverfahren / Haftungsfällen?*

☐ Ja

(10) Nein

e. *In welchen Bereichen kommt es generell am häufigsten zu Konflikten mit den Erben?*

(1) Unverständnis, dass der WV nicht autoritär entscheiden kann, sondern auf die Zustimmung aller Erben angewiesen ist.

(2) Deklaration von lebzeitigen Zuwendungen / Vorbezüge / Ausgleichungen

- (3) Bewertungsfragen (bspw. Liegenschaften)
- (1) Ungeduld der Erben, bis die nötigen Dokumente für die Teilung vorhanden sind.
- (2) Zeitliche Abläufe
- (2) Vielfach auch Konflikte unter den Erben (Ausgleichungsfragen, Patchwork-Familien, unterschiedliche soziale und wirtschaftliche Situation der Erben)
- (1) Willensvolltreckerhonorar

4. Substitution

a. *Werden gewisse Aufgaben an eigenverantwortliche Dritte (bspw. Treuhänder, Anwalt, externer Vermögensverwalter) substituiert?*

- (9) Ja
 - Welche Aufgaben?
 - (1) Steuererklärung
 - (2) Schätzung von Nachlasswerten
 - (4) Liegenschaftenbewertung, –verkauf, - verwaltung
 - (1) Räumungen / Entsorgungen
 - (2) Inventaraufnahme und deren Liquidation
 - (2) Buchhaltung
 - (3) Vermögensverwaltung
 - (1) ausländische Aspekte
 - (1) Erbensuche
 - (1) spezialrechtliche Abklärungen
- (1) Nein, d.h. sämtliche Aufgaben werden durch den Willensvollstrecker erfüllt.

b. *Wird in gewissen Fällen die gesamte Mandatsführung substituiert?*

- (2) Ja
 - (1) Der befragte Anbieter nimmt gelegentlich solche Aufgaben wahr, weil der WV keine Zeit hat, zu alt ist oder nicht vom Fach ist.
 - (1) BGE 112 II 353 f. E.2a i.V.m. 107 II 245 E.5b
- (8) Nein
 - Erachten Sie eine Substitution der gesamten Mandatsführung als zulässig?
 - (4) Ja (2) WV bleibt trotzdem in der Verantwortung.
 - (5) Nein: Wieso nicht?

- (1) Erblasser bestimmt den WV
- (1) Weil es nicht zulässig ist
- (3) Höchstpersönlichkeit

c. *Haben sich aufgrund der Substitution von gewissen Aufgaben oder der gesamten Mandatsführung in der Vergangenheit Probleme ergeben?*

- (1) Ja

Probleme:

- (1) Banken akzeptieren dies z.T. nicht. Ein Erbe hat auch bereits einmal einen Anwalt eingeschaltet.
- (8) Nein
- (1) Stimmenthaltung (keine Substitution)

Bemerkungen:

- (1) falls gemäss Absprache mit den Erben, i.d.R. keine Probleme.

5. Honorar des Willensvollstreckers

a. *Wie wird das Honorar berechnet?*

- (7) Stundenansatz: (2) CHF 250
- (2) variabel
- (2) Pauschale: (1) max. 1% des Nachlassvermögens
- (2) Mischung zwischen Stundenansatz und Pauschale

Bemerkungen:

- (1) Vereinbarung der alten Honoraransätze des Zürcher Anwaltsverbandes vom 28.11.1997 für Willensvollstreckungen (oberer Stundenansatz) und Zuschlag gem. Art. 5 lit. b Honoraransätze Zürcher Anwaltsverband.
(alle 3 angekreuzt)
- (1) Je nach Komplexität wird zwischen einem reinen Stundenansatz und einer Mischung zwischen Stundenansatz und Pauschale entschieden.
(beide angekreuzt)
- (1) Stundenansatz i.d.R. CHF 250, bei grösseren Nachlässen CHF 280, bei kleineren Nachlässen CHF 200 – je nach Verantwortung und Komplexität.

b. *Ergaben sich in der Vergangenheit Probleme das Willensvollstreckerhonorar betreffend?*

(3) Ja

Art des Problems

Konsequenzen:

(2) Höhe des Honorars

(1) Kundenrapport erläutern

(1) Ursache und Problemlösung unklar.

(7) Nein

Bemerkungen:

(1) Sollte im Testament geregelt werden (Antwort oben: Nein)

(1) Frühe Kommunikation des Stundenansatzes und Prognose falls gewünscht.

c. *Ist die Höhe des Willensvollstreckerhonorars ein häufiger Grund für die Erben, die Teilung des Nachlasses selbst durchzuführen?*

☐ Ja

(8) Nein

(2) Stimmenthaltungen

Bemerkungen:

(1) Wichtig ist eine (dokumentierte!) Information der Erben durch den WV bezüglich seines Honorars und der Grundsätze der Honorarfestsetzung, und zwar zu Beginn des Mandats.

(1) Erben machen diejenigen Arbeit die sie wünschen selber. In der Regel sind dies Posterledigung, Verteilung der beweglichen Sachen, Reinigung.

6. Informationspflicht

a. *In welcher Form werden die Erben informiert?*

(4) telefonisch

(10) schriftlich

(10) anlässlich von Erbenversammlungen

(mehrheitlich wurden mehrere bzw. alle Varianten angekreuzt)

Bemerkungen:

- (1) Den Erbenversammlungen folgen Protokolle derselben oder schriftliche Bestätigungen von wesentlichen „Weichenstellungen“ oder getroffenen Entscheidungen.
- (1) Entscheidende Schritte /Abläufe werden immer schriftlich mitgeteilt. Kleinere Anliegen werden telefonisch mitgeteilt.
- (1) in der Regel schriftlich, Erbenversammlungen nur wenn nötig.
- (1) je nach Sachlage und Dringlichkeit, meistens aber Schriftlichkeit

b. *Wie häufig werden die Erben informiert (Zwischenberichte) und zu welchen Anlässen ?*

- (7) ad hoc
- (4) quartalsweise
- (1) jährlich

Anlässe / Bemerkungen:

- (1) Je nach Bedarf
- (1) Je nach Bedarf, aber in regelmässigen Abständen
- (1) nach Vorliegen der Testamentseröffnung oder Vorliegen des Erbscheins. Anlässe: Vorschlag Akontozahlung / Besondere Ereignisse (Verkauf von Vermögenswerten).
- (1) Grundsätzlich quartalsweise, über wichtige Vorkommnisse ist zusätzlich ad hoc zu informieren.
- (1) Über wichtige Ereignisse wird ad hoc informiert.
- (1) Ad hoc, wenn wieder etwas ansteht. Bei lange dauernden Verfahren wird jährlich ein Bericht zugestellt.

c. *Erfolgt die Information eher proaktiv oder reaktiv?*

- (8) proaktiv
- (2) reaktiv
- (1) Stimmenthaltung mit der Bemerkung, dass es von der Intensität des Falles abhängt. Oft proaktiv.

7. Dauer der Willensvollstreckung

Wie viele Stunden dauert die Durchführung einer Willensvollstreckung durchschnittlich?

- (1) unter 50 Stunden
- (6) 50 – 100 Stunden
- (3) über 100 Stunden
- (1) Stimmenthaltung mit der Bemerkung, dass keine generelle Aussage möglich ist.

Bemerkungen:

- (1) Die Komplexität des Nachlasses und (v.a.) die Renitenz der Erben bestimmen wesentlich die Dauer einer Willensvollstreckung.
- (1) Hängt stark vom einzelnen Verfahren ab (angekreuzt: unter 50 Stunden).